UNIVERSITE DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LA NOTION JURIDIQUE DE CRÉDIT

ÉTUDE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux
le vendredi 13 décembre 1940, à 14 h. 30

PAR

Pierre de LESTAPIS

BORDEAUX
IMPRIMERIE BIÈRE
18, Rue du Peugue, 18

1940

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536526_0016

UNIVERSITE DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LA NOTION JURIDIQUE DE CRÉDIT

ÉTUDE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le vendredi 13 décembre 1940, à 14 h. 30

PAR

Pierre de LESTAPIS

BORDEAUX

IMPRIMERIE BIÈRE

18, Rue du Peugue, 18

1940

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Doyen honoraire : FERRON, ✻, ✪ I.

Professeurs honoraires : MM. LESCURE ✻ ✻. ✪ I.; NOAILLES ✻ ✪ I.; BENZACAR, ✻, ✪ I.; MARGAT ✪ I.

BONNECASE, ✻ ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Droit maritime* (3e année).

PALMADE, ✻ ✪ A. ✻, professeur de *Droit commercial*.

VIZIOZ, ✪ I., professeur de *Procédure civile*, chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *procédure civile et voies d'exécution* (Capacité).

BONNARD, ✻ ✪ I., ✻, assesseur du Doyen, professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

POPLAWSKI, ✻ ✪ I., professeur de *Droit criminel*, chargé d'un cours de *Législation industrielle* (Licence) et d'un cours de *droit criminel* (Capacité).

BOYÉ ✻, ✪ I., ✻, professeur de *Droit romain*.

BIBIÉ, ✻, ✻, professeur de *Droit international public*.

REGLADE, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours de *droit international privé* (Licence).

GARRIGOU-LAGRANGE, ✪ A, professeur d'*Economie politique* et *Science financière*.

HUBRECHT, ✪ I, professeur d'*Histoire du Droit* (doctorat) chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2e année).

LABORDE-LACOSTE, ✻, ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours d'*Enregistrement* (Licence) et d'un cours de *Droit civil* (2e année Capacité)

BRETHE DE LA GRESSAYE, ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

DE LAUBADÈRE, agrégé, chargé d'un cours de *Droit international public* (Licence et Doctorat), et d'un cours de *Droit public* (Capacité).

VIGREUX, agrégé, chargé d'un cours d'*Économie politique* (2e année de licence) et d'un cours d'*Économie politique* (Doctorat).

BERNARD, chargé de cours (*Droit romain*), chargé d'un cours de *Droit civil* (1re année de Capacité).

M. ARTIGUELONG, ✪ I, *secrétaire*.
Mme COSTES, ✪ I., *secrétaire-adjointe*.
Mme SOUBIE, ✪ A, *bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

M. BONNECASE, *professeur* ..... *Président*.
M. POPLAWSKI, *professeur* ..... } *Suffragants*
M. DE JUGLART DE LARDINIE, *chargé de cours* }

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

INTRODUCTION

La notion de crédit présente un aspect d'un caractère élevé, que nous entendons mettre en exergue dès les premières lignes de cet ouvrage. Ce n'est pas autre chose, en effet, que poser le problème de la confiance *in genere*, et l'on sait toute l'importance de la question, puisqu'aussi bien dans les rapports entre individus que dans les relations entre peuples, sans elle il ne peut y avoir d'entente réelle et durable.

Disposition de l'âme qui fait que l'on se fie à quelqu'un ou à quelque chose, que l'on compte sur quelqu'un ou sur quelque chose, le crédit c'est la confiance. « La véritable base du bonheur social, sans laquelle il n'y a que des tyrans et des esclaves[1]. » « L'âme du commerce et qui seule vivifie l'industrie[2]. »

Du jour où ce sentiment d'ordre essentiellement subjectif comme toute croyance prit conscience de son existence, naquit ce qui servit de base à un embryon d'organisation sociale, puis commerciale, enfin à la civilisation tout court, telle que nous l'entendons, c'est-à-dire basée sur le respect mutuel des droits de chacun, et sur la prise en considération des engagements contractés.

Lorsque, pour la première fois, un homme tendait à un autre homme sa main ouverte pour lui montrer qu'il ne dis-

1. Portalis.
2. J.-B. Say.

simulait aucune arme, cette fois-là le crédit était né. Quel geste et de quelle portée! Entre le moment de la main tendue et celui d'une étreinte réciproque s'écoula un temps pendant lequel l'un des deux fit confiance à l'autre, pour l'exécution de ce qu'il attendait de lui, c'est-à-dire un acte loyal. De ce fait, en apparence puéril, naquit entre hommes d'abord, entre collectivités ensuite, des rapports générateurs de progrès, et cela parce que quelqu'un, dans le temps, eut confiance.

Mais la confiance, comme tout sentiment d'ordre très intime, est une fleur fragile. Le moindre souffle la ternit, et il est difficile de la faire revivre lorsqu'elle a été heurtée.

Ce que nous venons de dire, partant d'un point de vue général, psychologique et social, est également vrai au point de vue économique. Un système générateur de richesses et de paix, ne peut se développer que dans la confiance qui règne entre les contractants, sinon c'est le désordre et la ruine.

Grâce au crédit on peut tout oser, tout espérer, tout entreprendre. Des ouvrages pourraient être entrepris sur ce thème et établir, pour l'édification du plus grand nombre, que la confiance qui s'établit entre gens de bonne foi, est seule capable de donner aux hommes le moyen de construire dans la sécurité leur avenir et celui des êtres rassemblés au foyer.

En envisageant plus spécialement la notion de crédit, sous son aspect économique, nous constatons qu'elle n'est pas autre chose que la force d'attrait envers les capitaux d'autrui possédée en fait par une personne sur la base de la confiance qu'elle inspire, tant au point de vue de leur remboursement que de leur rémunération périodique.

Si l'attention du capitaliste se porte sur l'emprunteur, pris dans sa personnalité purement concrète, c'est-à-dire dans son activité économique générale, présente et future,

ou si la personnalité de celui qui recourt au crédit est examinée sous l'angle de la profession qu'il exerce, on parlera de crédit personnel fait directement et principalement à la personne.

Si, à l'inverse, la confiance du capitaliste est influencée par la prise en considération des biens actuels de l'emprunteur et de leur affectation spéciale au remboursement des capitaux avancés, il s'agit de crédit réel, c'est-à-dire de crédit consenti moins à la personne qui en bénéficie, qu'aux éléments de richesse lui appartenant.

Il appartenait au Droit d'apporter le secours de son organisation et de sa sanction à la tendance qu'ont les capitaux, à se diriger vers ceux qui en ont besoin et sont susceptibles de les faire fructifier. Sans le Droit, la notion économique de crédit serait incomplète, sans portée réelle. Il nous a paru intéressant, dans ces conditions, d'examiner la notion de crédit sous l'angle juridique, car c'est de cet aperçu juridique que l'on doit partir pour donner à la notion elle-même toute sa force et, partant, une définition complète.

Sous l'angle juridique, on désigne par le crédit personnel la sécurité de placement des capitaux représentée par un individu quelconque, sur la double base de son activité économique générale et des institutions juridiques destinées à assurer l'exécution de ses obligations par un débiteur.

On désigne par crédit réel, la sécurité de placement des capitaux représentée par un individu quelconque sur la double base des éléments de richesse concrets compris dans son patrimoine et des droits réels de garantie susceptibles d'affecter ces éléments d'une manière directe et spéciale à l'exécution de telle ou telle des obligations de ce débiteur.

Les institutions juridiques relatives au crédit constituent le droit du crédit. Elles forment le pendant des

institutions économiques qui, sous la forme des organismes les plus divers, ont pour but de diriger et de canaliser le mouvement des capitaux, tant mobiliers qu'immobiliers, vers tel ou tel placement.

De leur ensemble résulte l'organisation juridique et économique du crédit, organisations qui se complètent réciproquement, la première permettant seule le fonctionnement efficace de la seconde, par le sentiment de sécurité qu'elle fait naître chez les détenteurs de capitaux.

Cette organisation juridique du crédit fera l'objet de la première partie de cette thèse.

Autrement dit, nous examinerons subjectivement l'ensemble des règles et institutions destinées à assurer l'exécution des obligations et à provoquer, du même coup, la confiance chez le futur créancier. On recherche ici l'équilibre des prestations et la sécurité du créancier qui se trouve protégé en tant que tel. Plus les garanties seront efficaces, plus la confiance sera forte chez le créancier, et plus, par contrecoup, se développera la notion économique de crédit. Ainsi se développera une activité bienfaisante, non seulement pour ceux qui font appel au crédit, mais encore pour les bailleurs de fonds. Les premiers auront ainsi la possibilité de produire et de tirer un profit de leur production; les secondes retireront une plus-value du placement de leurs capitaux par le jeu des intérêts. De cette manière, le crédit produira ses effets; mais ce sur quoi nous tenons à insister c'est que ces effets ne pourront être complets que parce que le Droit les domine. Nous énoncerons, en même temps, quelques réflexions critiques sur la technique actuelle du crédit.

Notre deuxième partie sera consacrée à l'examen du droit du crédit, tel qu'il semble se dégager des tendances actuelles. Nous ferons état des vicissitudes qu'il subit du

fait des lois d'exception et de la crise des contrats. Enfin, nous rappellerons l'influence du droit commercial sur le droit civil et montrerons les bienfaits de cette interpénétration que, pour notre part, nous sommes disposé à voir se développer, tout en laissant au Droit civil ses caractéristiques propres.

Nous en aurons ainsi terminé avec cette thèse, dont l'objet est d'apporter une modeste contribution à la cause juridique.

PREMIÈRE PARTIE

L'organisation du crédit en droit civil

Il nous est nécessaire d'exposer, au préalable, les directives d'ensemble, qui vont nous guider dans cette étude de la notion du crédit en droit civil. Aussi, devons-nous, dès maintenant, déclarer, qu'après avoir envisagé les relations qu'engendre la condition juridique du créancier chirographaire avec le droit du crédit, nous aboutirons aux sûretés réelles, en passant par les sûretés personnelles.

En d'autres termes, nous appuyant sur la condition juridique du créancier chirographaire, ou créancier pur et simple, nous aboutirons aux privilèges immobiliers spéciaux, qui ne sont qu'un renforcement de la notion d'hypothèque et donnent au créancier en bénéficiant, le maximum de garantie qu'il est en droit d'escompter, tant en raison de la nature spécifique des immeubles, que du droit de préférence et du droit de suite à la fois attachés à ces privilèges.

Il y a, en effet, entre la situation du créancier chirographaire et celle du créancier muni d'un privilège immobilier spécial, toute une série de situations intermédiaires que l'on peut classer en deux catégories, les sûretés personnelles, d'une part, et les sûretés réelles, d'autre part.

Nous dégageons ainsi l'ordre des matières constitutives du droit du crédit; cet ordre étant fonction directe du degré

croissant de garanties que les différentes sûretés offrent aux créanciers.

La condition du créancier chirographaire est essentielle dans le droit du crédit. En effet, le crédit repose sur la personne même du créancier chirographaire, toutes les sûretés viennent seulement s'accrocher à cette situation pour assurer de façons diverses l'exécution de l'obligation. Les sûretés, loin d'être le fondement du crédit, n'en sont que des moyens, elles se rapportent à certains aspects plus particuliers du crédit, et non à l'ensemble de celui-ci, elles assurent telle ou telle condition, que nous avons dégagées de notre analyse du crédit; mais elles ne sont jamais l'origine du crédit.

L'élément personnel dans le crédit, élément qui forme la meilleure partie de la confiance est essentiel; or, au point de vue juridique, cet élément irremplaçable ne peut pas être donné par des sûretés qui ne porteraient pas sur l'obligation même d'une personne, obligation qui leur est fondamentale; mais cette obligation n'est autre chose que celle du créancier chirographaire dont la situation devient ainsi essentielle non seulement au crédit, mais encore aux sûretés elles-mêmes, qui lui sont en quelque sorte une superstructure. Il apparaît donc, que c'est de la situation du créancier chirographaire que va dépendre en premier chef l'existence du crédit. Lorsque le crédit existe déjà, il peut être transformé par des moyens et des sûretés appropriés; mais il n'est ni créé, ni même transformé par elles. La première étude à laquelle nous devons donc nous attacher, est celle du créancier chirographaire.

En effet, selon la conception que l'on adoptera quant à celui-ci, le droit du crédit se présentera sous des jours différents et donnera plus ou moins d'importance aux sûretés postérieures. L'on peut dire en somme que ce ne sont pas les sûretés qui forment l'essence du crédit, mais la situation

du créancier chirographaire. N'oublions pas, en effet, que celui-ci représente la grande majorité des créanciers, le créancier de droit commun à vrai dire, celui par conséquent dont la position favorable ou défavorable influencera au point de vue économique d'une façon effective l'obtention du crédit. Nous commencerons donc par étudier cette situation.

TITRE PREMIER

LE CRÉDIT GÉNÉRAL ET PERSONNEL

Notre étude sur le crédit personnel sera consacrée à l'étude de la condition juridique du créancier chirographaire. Nous examinerons ensuite les diverses sûretés, dont fait état le droit positif français actuel.

CHAPITRE PREMIER

LA CONDITION JURIDIQUE DU CREANCIER CHIROGRAPHAIRE DANS SES RELATIONS AVEC LE DROIT DU CREDIT.

Nous consacrerons à ce chapitre *trois sections* dans lesquelles nous étudierons successivement l'œuvre de la doctrine classique, les difficultés qu'elle rencontre dans le droit privé contemporain et, enfin, les impressions d'ensemble que nous croyons devoir donner sur la condition juridique du créancier chirographaire en fonction du droit du crédit.

Section I.

Exposé de la doctrine classique. Le créancier chirographaire ayant cause à titre universel.

La question qui s'est posée en la matière aux théoriciens de l'école classique était de savoir quelle est la condition juridique du créancier chirographaire mis, de par sa situation, en présence du patrimoine de son débiteur, sous son double aspect subjectif et objectif, c'est-à-dire traduisant, d'une part, l'activité présente, passée et future du débiteur et son aptitude à acquérir, d'autre part, une masse de biens

envisagés seulement au point de vue de sa valeur pécuniaire[1].

Cette condition juridique se présente, en effet, sous l'aspect d'un certain nombre de droits que possède le créancier, et d'un certain nombre de devoirs auxquels le débiteur est assujetti. De l'étendue des uns et des autres, dépendra la plus ou moins grande élasticité du crédit.

Or, cette étendue dépend, d'une part, de la loi pour toutes les dispositions positives et, d'autre part, de la conception générale que l'on adopte pour le créancier chirographaire.

D'après Baudry-Lacantinerie, champion de la thèse classique, les créanciers chirographaires n'ont qu'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, profitent ou souffrent des augmentations ou des diminutions provenant de leur fait et sont des ayants cause à titre universel. Ils tiennent leur droit de leur auteur et, par conséquent, il y a similitude de situation avec celle des héritiers légitimes. Créanciers chirographaires et héritiers légitimes se trouvent en effet les premiers, sur le fondement de l'article 1328, succéder aux droits d'une autre personne : leur auteur, et se trouvent dans une situation similaire quant aux droits transmis.

Quatre formules forment une comparaison avec le droit de l'héritier ; les deux premières considérant la situation du créancier chirographaire avant l'exigibilité de sa créance, l'identifient à l'héritier avant la mort du *de cujus*, et les deux dernières visant le cas de la créance échue établissent un rapport avec l'héritier après l'ouverture de la succession.

Ces quatre formules peuvent se synthétiser ainsi :

Première formule. — Tout comme la vocation de l'héri-

1. Sur cette notion de patrimoine, cf. Gary, thèse Bordeaux, 1932 : *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, p. 141 et suiv.

tier a trait au patrimoine de son auteur, le droit du créancier chirographaire est rigoureusement relatif au patrimoine de son débiteur. Le créancier chirographaire ignore les éléments concrets qui constituent en fait le patrimoine, au cours de son existence et de ses transformations.

Deuxième formule. — A l'image de l'héritier qui, du vivant de son auteur, est privé de tout droit d'intervention dans la gestion de la fortune de celui-ci, le créancier chirographaire, de la date de naissance de sa créance à celle de son exigibilité, est condamné à une immobilité absolue en face de l'activité de son débiteur et dans quelque sens que celui-ci oriente son activité. Ses résultats étant de droit opposables aux créanciers au fur et à mesure qu'ils se produisent, le créancier est par nature astreint à subir les fluctuations du patrimoine de son débiteur.

Troisième formule. — La situation n'est pas meilleure au moment de l'exigibilité de la créance, de même que l'héritier doit se contenter en principe de recueillir les éléments du patrimoine existant à la mort de l'auteur et est privé de toute action rétroactive susceptible de lui permettre de revenir sur les actes de disposition ou d'obligation de celui-ci, le créancier chirographaire une fois son droit exigible en voit l'exercice limité aux biens actuellement possédés par son débiteur; il ne lui est pas permis de revenir sur le passé et de contester les aliénations consenties, l'eussent-elles été directement ou indirectement à son détriment.

Quatrième formule. — A l'instar du patrimoine du défunt se répartissant entre des légataires universels sans avoir égard à la date de leur institution ou même se divisant suivant les cas entre des successibles *ab intestat* dont la vocation héréditaire date de leur propre naissance et des légataires universels institués au contraire des dizaines d'années après celle-ci, peut-être même à la mort de celui-

ci, à l'instar de tout cela, le créancier chirographaire ne retire aucun avantage par rapport aux autres créanciers de l'ancienneté de son droit. Cela toujours en vertu de cette idée que le patrimoine est une masse essentiellement mouvante, abstraite, insaisissable par elle-même et que, par suite, les ayants droit à cette masse, créanciers chirographaires et les successibles ne sauraient prétendre la voir immobilisée pour partie et à leur profit exclusif, lorsque leur créance a été constituée ou que leur vocation successorale a apparu. Seule l'exigibilité de la dette et la mort de l'auteur leur permettront d'avoir respectivement une prise efficace sur le patrimoine. L'ancienneté du droit est donc sans influence pour hiérarchiser des créances qui, par hypothèse, sont exigibles au même moment.

Poursuivant son raisonnement, Baudry-Lacantinerie voit, dans les créanciers hypothécaires, des ayants cause à titre particulier, s'opposant aux premiers. Raisonnant encore par analogie et constatant que l'on peut succéder à une personne quant à un droit déterminé personnel ou réel, il conclut ainsi : « Ces créanciers à titre particulier tiennent leur droit de leur auteur relativement à un objet particulier, ils ne succèdent en conséquence qu'aux droits et aux obligations qui affectent la chose par eux acquise ; tels sont les acheteurs, les légataires à titre particulier, les créanciers hypothécaires ou privilégiés. »

Pour l'auteur il y a similitude de condition entre l'héritier légitime et le créancier chirographaire, ce sont tous deux des ayants cause à titre universel.

Légataires à titre particulier et créanciers nantis d'une sûreté réelle, s'absorbent dans celle d'ayant cause à titre particulier.

Section II.

Exposé critique de la théorie classique, les institutions du crédit quant à la condition juridique du créancier chirographaire.

Cette thèse, ainsi exposée d'une façon très nette, correspond-elle à une réalité juridique ? On lui a fait un certain nombre de critiques qui s'adressent soit au fait de l'assimilation du créancier et de l'héritier, soit à la situation même du créancier chirographaire ayant cause à titre universel. De ces critiques nous ne retiendrons que les principales.

On a fait remarquer qu'il ne pouvait y avoir assimilation entre la situation du créancier chirographaire et celle de l'héritier, pour la bonne raison que l'héritier qui accepte est tenu *ultra vires* des dettes contractées par le *de cujus*. Or qu'est cela, sinon à proprement parler le fait d'être ayant cause à titre universel. Au contraire, on ne conçoit pas un créancier chirographaire payant les dettes de son auteur.

L'assimilation ne serait donc pas justifiée. Mais on a été plus loin, on a démontré que les formules mises en avant par Baudry-Lacantinerie ne correspondaient pas à la réalité juridique positive.

Est-il vrai notamment que le créancier chirographaire ignore les éléments qui constituent en fait le patrimoine de son débiteur, au cours de son existence et de ses transformations. Est-il vrai que de la date de la naissance de sa créance à celle de son exigibilité, le créancier chirographaire soit condamné à une immobilité absolue en face de l'activité de son débiteur. Des institutions telles que le droit de rétention, les actions oblique et paulienne semblent indi-

quer le contraire. Ces droits s'adressent, en effet, à un élément déterminé du patrimoine du débiteur que le créancier pourra considérer dans son individualité propre, sans y avoir un droit particulier, ou consacrent un droit d'intervention du créancier qui sera donc partiellement juge des actes de son débiteur, et qui pourra intervenir dans la gestion de son patrimoine, quoique sa créance ne soit pas encore exigible. Si cette action se restreint à des cas bien déterminés et, par conséquent, ne peut pas être considérée comme un droit de regard permanent sur ce patrimoine, il n'en demeure pas moins qu'elle existe et, comme telle, doit être considérée.

De l'aperçu d'ensemble qui précède, il nous faut retenir, pour les développer, les idées maîtresses qui ont trait à la critique de la théorie classique. La condition juridique du créancier chirographaire se trouvera ainsi rattachée au droit du crédit à l'aide des trois institutions dont nous allons étudier les caractères et les effets.

§ 1. *Le droit de rétention et le crédit.*

Nous allons examiner successivement les questions qui dominent l'étude du droit de rétention, puis donner sur le problème une solution d'ensemble.

I. **Questions qui dominent l'étude du droit de rétention.** — 1° *A quelle occasion naît le droit de rétention?* — D'après Baudry-Lacantinerie, le droit de rétention peut être défini un droit en vertu duquel une personne qui possède ou qui détient une chose appartenant à autrui est autorisée à en conserver la possession ou la détention jusqu'au parfait paiement de ce qui lui est dû, à l'occasion de cette chose, par son propriétaire.

Trop générale et trop confuse, cette définition ne peut que nous donner une idée incomplète sur le droit de rétention dans ses relations avec le crédit, nous devons donc examiner l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine en la matière.

Et tout d'abord l'œuvre de la jurisprudence. — Le développement progressif des rapports entre le droit de rétention et le crédit.

Dans un premier stade, la jurisprudence , sous l'influence de l'école de l'exégèse, a singulièrement limité ces rapports. Il n'est que de citer, pour le prouver, un arrêt de la Cour de Chambéry du 8 février 1875 (S. 76.2.323), qui édicte que : « le droit de rétention... remède prétorien créé par la législation romaine, appliqué dans une mesure assez large par notre ancienne jurisprudence a été, évidemment, restreint par le législateur moderne... que ce droit exorbitant dans sa nature ne peut se justifier que par une disposition formelle de la loi, et qu'il ne saurait être étendu par analogie hors des cas prévus par le législateur ».

Mais peu après, la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 février 1878 (S. 78.1.470), et la Cour de Chambéry elle-même (S. 97.2.282), revenant sur son ancienne jurisprudence, élargissaient le domaine d'action du droit de rétention et, par le fait, même les rapports entre le droit de rétention et le crédit.

La Cour de cassation, dans un arrêt célèbre et fortement motivé, l'arrêt Girard, du 26 avril 1900 (S. 1901.1.193) n'hésitait pas à déclarer que, « pour que le droit de rétention existe en faveur du créancier qui détient la chose appartenant à son débiteur, il suffit que la détention se rattache à une convention ou à un quasi-contrat qui ait donné naissance à la créance.

L'arrêt Girard consacrait, d'une façon plus ou moins explicite, l'existence du droit de rétention dans tous les

cas où le rétenteur est créancier du propriétaire, en vertu d'une cause quelconque, sous réserve d'une détention licite.

Nous devons néanmoins citer un arrêt de la Cour de Douai, du 25 novembre 1921 (S. 1922.2.25), l'arrêt *Alfred Motte et Cie*, qui semble restreindre quelque peu les rapports entre le droit de rétention et le crédit.

Retenons, cependant, que, dans l'ensemble, la jurisprudence dans son dernier état est favorable à l'élargissement du domaine d'application du droit de rétention : cet élargissement ne peut que rapprocher davantage la condition juridique du créancier chirographaire du droit du crédit en général.

La doctrine, de son côté, est profondément divisée sur ce sujet. Il n'est que d'indiquer pour le prouver, les divergences d'opinions au sein même de la théorie classique avec Laurent d'un côté qui ne veut admettre le droit de rétention que par les textes et dans une seule mesure ; Aubry et Rau qui, moins restrictifs, admettent le droit de rétention sous la double condition que la créance du rétenteur soit connexe à la chose, et que la détention se rattache à une convention ou tout au moins à un quasi-contrat, la dette connexe à la chose détenue ayant pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat.

Demolombe, pour sa part, lorsqu'il n'y a pas de lien contractuel entre les parties laisse au juge le pouvoir d'accorder ou de refuser le droit de rétention.

II. **A qui peut être opposé le droit de rétention.** — *La jurisprudence*, d'abord, en élargissant l'opposition aux tiers étend par le fait même les rapports du droit de rétention avec le crédit. Elle décidera, par exemple, que le refus de livraison peut être opposé soit à un acquéreur, soit à des créanciers hypothécaires ou privilégiés (Cas. civ., 8 déc. 1868, S. 1869.1.272).

La doctrine, quant à elle, est également assez large. M. Josserand, dans son *Cours de droit positif français* après avoir déclaré que le droit de rétention est opposable à tous reconnaît que la tradition est dans le sens de cette opposition aux tiers. L'article 1749 ne permet-il pas, en effet, au preneur de rester dans les lieux loués, « c'est-à-dire d'user à sa manière du droit de rétention aussi longtemps que les dommages et intérêts auxquels il a droit ne lui auraient pas été payés par le bailleur ou par le nouvel acquéreur ». On voit les rapprochements que crée cette opposition aux tiers avec l'idée même de crédit pour la sécurité du créancier chirographaire,

§ 2. *L'action paulienne et le crédit.*

Nous savons ce qu'est l'action paulienne en vertu de laquelle les créanciers peuvent en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; c'est l'affirmation d'un droit de regard du simple créancier chirographaire sur les éléments concrets du patrimoine de son débiteur.

Cette action est née à Rome, sous l'empire des nécessités du moment, afin d'empêcher le débiteur ruiné de faire des actes nuisibles à ses créanciers soit pour en retirer profit, soit pour leur préjudicier, elle est une des créations du prêteur, elle s'affirme au point de vue social comme étant un facteur de crédit. La plus grande incertitude règne dans la doctrine actuelle sur sa nature exacte, car il ne suffit pas de mettre en avant comme le font MM. Planiol et Esmein les notions de fraude et de bonne foi, encore faut-il expliquer comment elles s'adaptent à la condition juridique du créancier chirographaire. M. Josserand a bien compris qu'elle était inconciliable avec la qualité d'ayant cause à

titre universel que certains veulent donner au créancier chirographaire.

§ 3. *L'action oblique et le crédit.*

La même observation s'impose pour l'action oblique. Certes les relations entre l'action oblique et le crédit ne sont pas les mêmes que celles qui concernent l'action paulienne.

Tandis qu'en effet dans l'action paulienne l'acte attaqué par un créancier profite à lui seul, ici avec l'action oblique le créancier qui exerce un droit ou une action de son débiteur agit pratiquement pour le compte des autres créanciers. Sa sécurité est donc moins forte. Les deux actions n'en répondent pas moins toutes les deux à cette idée de sécurité du créancier et par le fait même la même incertitude que nous avons relatée dans l'action paulienne se retrouve ici tant sur la nature exacte que sur les raisons d'être de l'action oblique. Comment expliquer ce droit de regard du créancier sur les éléments concrets du patrimoine de son débiteur?

La troisième formule, que la créance exigible limite l'exercice du droit du créancier aux biens actuellement possédés par le débiteur et lui interdit de revenir sur le passé, est exacte en droit civil, mais se heurte en droit commercial à l'institution de la période suspecte.

En droit civil en effet le créancier ne peut exécuter que sur les biens actuellements possédés. Nous savons au contraire qu'en droit commercial les actes du débiteur peuvent être attaqués rétroactivement au jugement déclaratif de faillite.

Ceci nous permet de poser la question de la faillite civile, institution qui n'est pas encore reconnue par le droit positif français et dont nous parlerons plus loin.

La quatrième formule pose en principe que le créancier chirographaire ne retire aucun avantage par rapport aux autres créanciers de l'ancienneté de son droit et vient « au mark le franc en concours avec les autres ».

Cependant la loi a prévu de nombreux cas où la date de naissance de la créance joue un rôle important. En matière d'action paulienne notamment : « Seuls, dit-elle, les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux peuvent l'intenter et non en principe les créanciers postérieurs ».

Par ailleurs, l'inaliénabilité dotale n'est déclarée opposable qu'aux créanciers postérieurs au mariage.

Ajoutons que l'existence d'un droit de préférence entre créanciers chirographaires apparaît au cas de compensation et de rapport des dettes.

La jurisprudence en outre, en matière de donations de sommes d'argent payables au décès du testateur, prend en considération l'ancienneté du titre. Arrêt Toulzac, Cassation 7 mars 1860, 560.1.203.

Section III.

Théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier.

D'éminents auteurs : MM. Bonnecase (Bonnecase, tome V Supplément au *Traité* de Baudry-Lacantinerie), et Laborde-Lacoste (thèse Bordeaux, 1916, *Essai sur la notion d'ayant-cause à titre particulier en droit privé français*), ont dégagé une théorie du créancier chirographaire complètement à l'opposé de la précédente, d'où il ressort que le créancier chirographaire serait un ayant cause à titre particulier. Partant de l'idée qu'il faut distinguer entre mise en gage d'un patrimoine et transmission d'un patrimoine au point

de vue du fait et au point de vue du droit, ils ont montré cette qualité d'ayant cause à titre particulier. Ils ont noté rigoureusement l'opposition qui existe entre le créancier qui ne vise que l'actif du débiteur, tandis que l'héritier ne considère que le passif. D'autre part, il était également nécessaire de distinguer le fait que le patrimoine est un gage général et le fait que le créancier ne peut jamais exiger autre chose que l'objet individualisé ou une valeur déterminée. M. Laborde-Lacoste présente dans sa thèse une analyse de la notion d'ayant cause à titre particulier. Il y trouve trois éléments essentiels : 1° l'existence d'un droit qui peut être avec ou sans modalités, qui porte sur une base déterminée du patrimoine de l'auteur; 2° le droit pour l'ayant cause à titre particulier d'astreindre son auteur, par des moyens variés, à respecter le droit qu'il possède du fait de cet auteur et 3° l'exemption pour l'ayant cause à titre particulier de toute contribution au paiement du passif. Cette analyse correspond sans aucun doute, à la situation du créancier, et nous retrouvons par là même la pierre d'achoppement de la première théorie, à savoir : la non contribution au paiement du passif du fait de son auteur. Mais peut-on dire en vérité que le créancier a un droit sur un bien déterminé du patrimoine de son auteur, nous avons vu qu'il n'en est ainsi dans la généralité des cas que lorsque la créance vient à exécution. Mais, M. Bonnecase ayant prévu cette objection a distingué à l'intérieur de la classe des créanciers chirographaires, trois ordres de créanciers qui correspondent à toutes les catégories possibles. En effet, si l'on peut dire que tous les créanciers chirographaires sont des ayants cause à titre particulier et comme tels obéissent à certaines règles communes, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont des positions diverses vis-à-vis du patrimoine de leur débiteur pendant l'existence de leur créance. C'est ainsi que M. Bonnecase a pu distinguer les créanciers chiro-

graphaires à gage général indéterminé — les créanciers chirographaires à gage déterminé, et les créanciers chirographaires à gage individualisé. La première catégorie qui correspond à la grande majorité des cas des créanciers purs et simples vise le cas où le patrimoine entier du débiteur, sans affectation de l'un de ses éléments, joue le rôle de gage. Il semble à première vue que cette conception soit bien proche de celle de l'ayant cause à titre universel, mais il resterait alors à expliquer les difficultés naissant de l'action paulienne et de l'action oblique. Cependant le créancier dans ce cas, n'a qu'un droit de regard bien limité sur le patrimoine du débiteur. Il est donc plus en danger que tout autre créancier, et comme nous le verrons sa position au regard du crédit est la moins favorable.

Au contraire pour les deux autres catégories. Dans ces deux cas le créancier a un droit sur des éléments précis du patrimoine, droit qui peut être exclusif des autres créanciers et qui est attaché à l'existence d'un bien déterminé. Entre ces deux catégories il n'existe qu'une différence de degré de sécurité : En effet, le deuxième vise le cas où un créancier possède un droit sur une partie déterminée du patrimoine de son débiteur. Sur cette quote-part, il possède un véritable droit de préférence sur les autres créanciers, et ici le concours est exclu. Mais, il n'en reste pas moins qu'il subit les fluctuations du patrimoine de son débiteur, alors que le créancier chirographaire à gage individualisé en est à l'abri. Ce dernier possède un droit sur un bien connu dans son individualité, existant dans le patrimoine du débiteur et que le créancier pourra réclamer. C'est le cas typique du droit de rétention. Mais quelle va donc être la nature spécifique du droit de rétention dont nous avons vu le domaine d'application et les effets. La doctrine est ici assez confuse,

on doit pourtant reconnaître que c'est de cette nature que va résulter la condition juridique du créancier chirographaire et partant ses relations avec le droit du crédit. Les uns avec Laurent et Larombière affirment que le droit de rétention serait un droit personnel d'une nature toute spéciale, s'opposant aussi bien au privilège qu'au droit réel, c'est bien un peu l'opinion d'Aubry et Rau qui croient que le droit de rétention ne constitue pas un véritable droit réel bien qu'opposable aux tiers; telle n'est pas l'opinion de Guillouard qui affirme que le droit de rétention est un droit réel « opposable aux tiers, acquéreurs, créanciers hypothécaires et privilégiés, masse des créanciers de la faillite ». (Guillouard, *Du droit de rétention*, nos 22 et suivants.)

Pour M. Bonnecase le droit de rétention n'apparaît pas être un droit réel, il répond plutôt à l'idée de créance chirographaire dotée d'un gage spécialisé au sein du patrimoine du débiteur. Il répond à ce que l'auteur appelle « la notion de créance chirographaire à gage individualisé ». Par le fait même il lui semble devoir intervenir toutes les fois qu'un créancier se trouve prendre de la maîtrise matérielle sur une chose appartenant à son débiteur. Il déduit cette observation des articles 545, 867 et 1749 : 545 qui autorise le propriétaire d'un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique à retenir cet immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité; 867 qui autorise le cohéritier effectuant le rapport en nature de l'immeuble à exercer le droit de rétention jusqu'au remboursement effectif des sommes dues pour impenses ou améliorations; 1749 qui reconnaît le droit de rétention au fermier ou locataire à l'encontre du bailleur ou de l'acquéreur de l'immeuble. Ce dernier article montre d'ailleurs que le droit de rétention est indépendant de la connexité matérielle ou objective. Cette constatation élargit par le fait même les rapports entre le droit de rétention

et le droit du crédit, tant au point de vue du domaine d'application que de l'opposabilité aux tiers.

En disant que le droit de rétention traduit l'idée de créance à gage individualisé, l'éminent auteur élimine par le fait même sur la base des textes du Code civil la confusion qui règne dans la doctrine sur la nature exacte de ce droit et explique du même coup comment contrairement au droit personnel il est opposable aux tiers, et comment à l'opposé du droit réel il ne comporte ni droit de préférence, ni droit de suite.

Nous avons vu que dans cette théorie la notion de créancier chirographaire se présentait sous trois formes très distinctes quoique reliées l'une à l'autre par une même conception générale qui aboutit à reconnaître au créancier chirographaire un pouvoir de contrôle sur le patrimoine de son débiteur.

1° Avec le droit de rétention les relations du créancier avec l'idée de crédit font de lui un créancier chirographaire à gage individualisé.

2° Avec l'action paulienne et l'action oblique, le créancier bien qu'ayant un gage général ou indéterminé n'en a pas moins un pouvoir de contrôle qui explique sa condition d'ayant cause à titre particulier. Qu'il attaque en effet l'acte frauduleux fait par son débiteur ou qu'il se substitue à ce dernier pour recouvrer les éléments de fortune dispersés, il n'en est pas moins dans les deux cas placé en face des éléments concrets d'une masse qu'il surveille ou dirige. L'action oblique sera au dernier stade de la sécurité car elle profite à tous les créanciers, au contraire de l'action paulienne qui profite à celui-là seul qui la met en mouvement. Notons que l'action paulienne traduit une exception très remarquable à la règle selon laquelle les créanciers chirographaires viendraient nécessairement en concours sur le patrimoine de leur débiteur, seuls en effet les créan-

ciers antérieurs à l'acte frauduleux peuvent l'intenter et non en principe les créanciers postérieurs. C'est là une autre manifestation de la liaison entre la condition du créancier chirographaire et le droit du crédit.

Que l'on arrive par ce système à préciser une notion trop large et que l'on montre également la gradation qui peut se faire du créancier moins protégé au créancier plus protégé, jusqu'à la limite des sûretés, cela nous paraît incontestable. Que d'autre part on explique ainsi certaines particularités du droit civil ou commercial, cela nous paraît également certain, mais, n'y a-t-il pas quelques subtilités ou peut-être seulement une trop grande rigueur d'analyse à vouloir admettre la notion d'ayant cause à titre particulier pour le créancier à gage indéterminé. Et dans ce cas n'y aurait-il pas lieu de rompre l'unité de la notion de créancier chirographaire, et *d'établir une notion intermédiaire entre le créancier chirographaire à proprement parler et le créancier muni de sûretés, la qualité d'ayant cause à titre particulier avec gage déterminé ou individualisé*, visant des cas spéciaux du même ordre que les créanciers munis de sûretés.

En effet, l'action paulienne et l'action oblique ne jouent, comme nous le verrons plus tard, que dans des cas assez particuliers et ne peuvent pas être considérées à proprement parler comme des éléments de crédit pour le créancier chirographaire ordinaire.

De la sorte, ne serait-il pas possible dans une étude bien comprise des diverses situations envisagées à l'occasion d'une créance à gage général et indéterminé de créer des sortes de paliers se rapprochant sensiblement les uns après les autres du droit du crédit, et dans ce cas seulement on pourrait parler d'ayant cause à titre universel et d'une assimilation plus ou moins complète avec l'héritier. On pourrait ainsi, partant du créancier pur et simple, que nous sup-

posons vivre en dehors du cercle des articles 1166 et 1167, aller jusqu'au créancier chirographaire à gage déterminé (cohéritier exerçant un rapport des dettes, donataires successifs de sommes d'argent payables au décès du donateur, arrêt *Toulzac*) et individualisé (droit de rétention) en passant successivement et par degrés par l'action oblique d'abord (crédit atténué) et ensuite l'action paulienne (crédit plus développé, déjà assez rapproché du droit de rétention).

Le droit de rétention dans la situation générale de la créance chirographaire se trouverait être par rapport au droit du crédit une sorte d'intermédiaire participant à la fois des deux directives personnelle et réelle.

La transition pourrait se faire d'autant plus naturellement par l'étude du crédit personnel.

Il n'entre pas dans nos intentions de discuter des mérites respectifs des deux théories exposées, cette discussion nécessiterait un ouvrage particulier que nous ne pouvons nous proposer de faire ici. Notre but en exposant ces deux théories n'a pas été d'en rechercher la valeur juridique ou même l'explication du droit positif qu'elles apportent, mais seulement d'avoir un exposé technique et objectif suffisamment bref pour rechercher l'influence que peuvent avoir l'une et l'autre de ces conceptions sur le crédit; c'est le travail principal auquel nous allons nous livrer.

Section IV

Influence de chacune des deux conceptions du créancier chirographaire sur le droit du crédit.

Les deux conceptions que nous venons d'envisager ont une importance pour le droit du crédit, car elles permettent

d'interpréter, de façon différente, et plus ou moins restrictive des droits du créancier, les moyens d'agir qui sont aux mains du créancier chirographaire.

Nous devons en effet considérer que les moyens mis à la disposition du créancier sont objectivement semblables dans l'une et dans l'autre conception, mais sitôt que l'on veut passer au domaine d'application, sitôt que l'on veut rendre ces moyens subjectifs, il se produit dans cette application une interprétation que l'on ne peut éviter, de cette interprétation dépendra le crédit du créancier chirographaire.

Si l'on sait en effet que, dans une doctrine et dans une jurisprudence très fermes, les moyens habituels des créanciers, action paulienne, action oblique, droit de rétention, sont largement appliqués, il est aisé de concevoir que le crédit en sera singulièrement renforcé. Au contraire, si l'on sait que ces moyens sont considérés comme accessoires par la jurisprudence, le créancier s'engagera avec moins de facilité. Or, suivant l'application de la doctrine du créancier chirographaire à titre universel ou de la doctrine opposée, cette interprétation varie. Nous montrerons cela en détail, dans les pages qui suivront.

De même, nous nous proposons de voir combien la doctrine de l'ayant cause à titre particulier peut jouer un rôle important dans la faillite civile ou la subrogation réelle par exemple.

En somme, nous pouvons dès l'abord avancer l'idée que la doctrine du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier est essentiellement favorable au droit du crédit.

Nous vérifierons cette thèse dans le cours de l'exposé.

§ 1. *Etat de la jurisprudence.*

Avant d'envisager l'influence de ces deux doctrines à proprement parler, il nous semblerait bon de voir l'état de la jurisprudence vis-à-vis de ces trois droits essentiels du créancier chirographaire : l'action paulienne, l'action oblique et le droit de rétention.

Dans ces institutions la jurisprudence a fait œuvre prétorienne et pour cela seul elle serait intéressante à étudier, mais en outre nous nous apercevons qu'elle a appliqué l'une des doctrines et par conséquent, nous aurons ainsi étudié sur le fait même l'influence de l'une de ces doctrines sur le crédit.

Et tout d'abord pour l'*action paulienne*, notons que seuls les créanciers antérieurs à l'acte incriminé peuvent profiter de cette action, néanmoins la jurisprudence semble admettre qu'un créancier même postérieur à l'acte peut agir lorsque le débiteur a accompli cet acte en vue de le tromper et de porter atteinte à son droit.

Ces considérations résultent des arrêts *Gauthier* (S. 91.1. 147) et *Bouju* (S. 33.2.91). Il faut encore remarquer que les tribunaux sont assez larges pour la preuve de l'antériorité de la créance. Il semble en effet qu'ils n'exigent pas la date certaine. Deux décisions des cours d'appel de Bourges (S. 93.2.10) et de Paris (*G. P.*, 1900.1.29), sont assez explicites à ce point de vue. Cette jurisprudence est critiquable, car créée pour déjouer la fraude l'action paulienne n'arrivera-t-elle pas ainsi indirectement à la favoriser au profit du créancier chirographaire et du débiteur.

Le créancier se trouverait ainsi lié frauduleusement au droit du crédit, car le débiteur pouvant se mettre d'accord avec lui pour antidater une dette sera ainsi en mesure de faire tomber un acte qu'il rejette.

Mais remarquons que cette liaison est quand même fragile et plus ou moins hypothétique, car c'est surtout pour l'avantage du débiteur que l'action paulienne a été ici mise en mouvement.

En deuxième lieu, pour qu'il y ait action paulienne, il faut que le préjudice soit bien déterminé, que l'acte accompli par le débiteur ait bien entraîné ou aggravé son insolvabilité : certes les tribunaux ont un large pouvoir d'application, et grâce à ce pouvoir peuvent, semble-t-il, assurer une liaison constante de l'action paulienne avec le droit du crédit. C'est ainsi qu'une remise de dette, une assurance sur la vie, une acceptation de communauté ou de succession sont susceptibles d'entrer dans le cadre de l'article 1167. Par contre, une offre de donation n'y entre pas. Mais, à cette règle assez arbitraire quant à l'application du préjudice, ne devons-nous pas apporter une exception assez importante qui éloigne sensiblement du droit du crédit les bénéfices résultant de l'action paulienne pour l'amélioration de la situation du créancier chirographaire. En effet, la Cour de cassation (D. 69.1.200 Beaurain), dans un jugement très significatif du 3 mars 1869 a décidé qu'un paiement fait à un créancier bien que préjudiciable aux autres créanciers n'entraîne pas l'application de l'article 1167.

Encore faut-il remarquer que la non-application de l'article 1167 aux paiements est relative, puisque la Cour suprême (D. 90.1.260 Donneve), dans un arrêt du 16 avril 1889, a décidé qu'une action en paiement faite à un créancier peut entraîner l'application de l'article 1167.

En définitive, si l'on examine la condition relative au préjudice on se rend compte que les droits du créancier chirographaire n'ont pas toute la sécurité qu'on pouvait espérer.

Il faut la fraude enfin — voilà encore une condition exi-

gée pour l'action paulienne qui va rendre difficile la liaison entre la condition du créancier chirographaire et le droit du crédit. Et tout d'abord, certains arrêts n'ont-ils pas exigé non seulement la connaissance par le débiteur du préjudice en jeu, mais aussi la volonté déterminée de nuire. Cette volonté de nuire est considérée comme nécessaire pour qu'il y ait fraude dans un arrêt de la Cour de cassation (D. 1910.1.462) du 3 mai 1910, et ici la Cour suprême n'hésite pas à rompre avec sa jurisprudence antérieure qui considérait comme légitimant la fraude la seule connaissance par le débiteur du résultat préjudiciable de l'acte. Cette évolution de la Cour de cassation n'est pas dans le sens du rapprochement de la condition du créancier avec le droit du crédit.

Il n'est pas besoin de préciser que dans sa portée à l'égard des tiers dans l'hypothèse d'un acte à titre onéreux, l'action paulienne est également relative quant à la sécurité et à la confiance qu'elle peut engendrer vis-à-vis du patrimoine du créancier chirographaire. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 déc. 1923 (*D. H.* 1924.6) n'a-t-il pas légitimé cette observation en précisant d'une façon très ferme qu'en cas d'acte à titre onéreux (et nous sommes dans l'hypothèse où le débiteur s'est mis en rapport avec une personne pour aboutir à son appauvrissement) le tiers ne peut être atteint par l'article 1167 que s'il est complice de la fraude de celui dont il est l'ayant cause, il faut donc qu'il ait connu l'état d'esprit de son auteur. Autant d'hypothèses où cette conception de l'action paulienne semble nous éloigner du droit du crédit.

§ 2. *L'action oblique.*

Nous allons voir qu'avec l'action oblique, la condition juridique du créancier chirographaire n'est guère meilleure

par rapport au droit du crédit. *L'œuvre de la jurisprudence* dans son interprétation de l'article 1166 a en effet singulièrement restreint les rapports de cet article avec le droit du crédit. On peut dire que ces restrictions ont porté sur deux plans distincts : celui des conditions d'abord, celui des formes et des effets de l'action oblique ensuite. Et tout d'abord celui des conditions. Ici les tribunaux ont successivement exigé d'abord que le créancier ait un intérêt à exercer l'action, ce qui conduit à mettre le débiteur solvable en dehors du champs d'action de l'action oblique (D. 73.1.351). Ensuite que la créance sur laquelle se base le créancier soit exigible et certaine, ce qui exclut du bénéfice de l'article 1166 les créances à terme ou sous condition.

Mais l'œuvre de restriction de la jurisprudence n'a point porté sur les seules conditions de l'action oblique, elle a également étendu son action sur ses formes et ses effets. Certes, elle a supprimé la subrogation judiciaire qui était jadis exigée pour la mise en mouvement de l'action, mais n'empêche que la mise en cause à titre facultatif du débiteur par le créancier, est encore requise pour que la décision recherchée soit pourvue de l'autorité de la chose jugée à l'égard de celui qui la provoque. Est-il besoin de rappeler à ce sujet que ce dernier peut se heurter à toutes les exceptions qui étaient opposables au débiteur inerte ou négligent, que de même les bénéfices qui peuvent résulter de la décision profitent à l'ensemble des créanciers, ce qui éloigne très sensiblement l'action oblique du crédit.

Nous nous trouvons en présence d'un créancier, qui a un rôle actif et qui cherche à obtenir un résultat par son activité propre. Nous pourrions ajouter également, à ces modes d'action, l'institution de la séparation des patrimoines que nous verrons plus loin. Pour l'instant, il nous suffira de considérer la position prise par la jurisprudence sur ces moyens. Or, nous venons de voir que cette juris-

jurisprudence est quelque peu indécise, nous avons constaté également que les articles 1166 et 1167, qui pouvaient recevoir une application très large, ont, au contraire, un jeu exceptionnel, et ne peuvent s'appliquer qu'à des stipulations trop particulièrement déterminées. *On est, en effet, frappé du fait que, dans les recueils d'arrêts de jurisprudence on rencontre très rarement des arrêts concernant l'article* 1166, par exemple : cela tient peut-être, comme on l'a dit (voir Planiol, t. II, p. 110, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1931) au fait, que les créances étant en général des sommes d'argent, il est plus expédient pour le créancier d'avoir recours, pour se faire payer par le débiteur de son débiteur à une saisie-arrêt, il faudrait poursuit-on, pour que l'article 1166 joue, que l'obligation porte sur des choses en nature par exemple autre que l'argent.

Ceci ne nous paraît pas décisif, étant donné que les deux moyens ont une portée très différente et qu'ils ne peuvent répondre aux mêmes cas. La saisie-arrêt est un moyen d'exécution, alors qu'au contraire l'action oblique est une action de conservation du patrimoine. Le créancier intervient pour, dirait-on, dans la théorie générale, conserver intact, malgré la mauvaise volonté de son débiteur, le patrimoine qui lui sert de gage. L'on voit donc que non seulement une différence juridique, mais encore une différence de fait, sépare ces deux moyens. L'article 1166, ne donne jamais au créancier qu'un moyen de préparer la réalisation du gage, ce n'est pas lui-même un moyen d'exécution, il peut donc être employé au profit de l'ensemble des créanciers.

Ce qui prouverait plus encore qu'il n'est pas une voie d'exécution, comme l'est la saisie-arrêt, c'est le fait qu'il n'est pas besoin d'avoir un titre exécutoire pour l'appliquer. Ce que demande, en somme, le créancier, c'est seulement une constatation judiciaire de l'état exact du patrimoine de

son débiteur, et de tous les droits qui en dépendent; c'est après cette constatation que viendra l'exécution. La jurisprudence est unanime à ce sujet. Qu'est-ce qui, selon nous, pourrait donc expliquer l'inefficacité de cet article? C'est la notion générale que s'en fait la jurisprudence. Celle-ci, par exemple déclare que la créance doit être exigible pour que l'article 1166 s'y applique. Nous avouons ne pas saisir la raison de cette condition, il ne s'agit pas, nous l'avons déterminé et la jurisprudence l'admet, d'une voie d'exécution. *Comment peut-on alors refuser cette action à un créancier à terme par exemple*? On le comprendrait s'il s'agissait d'exécuter; mais non plus puisqu'il s'agit de faire constater l'état d'un patrimoine, puisqu'il s'agit d'exercer un droit qui appartient au débiteur et seulement à lui. Le créancier agit d'ailleurs non seulement pour lui-même, mais encore pour tous les créanciers, comment donc ne pas permettre au créancier à terme, l'application de cette voie de droit. La créance à terme existe déjà, et ce n'est pas le fait que l'exécution suivra immédiatement ou non qui devrait empêcher le créancier d'agir. L'on dit alors (sous cass. rég., 25 mars 1924-282, Pandectes et Sirey, 1924.1.67, note Labbé, *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 218) pour justifier la position de la jurisprudence que l'exercice de cette action est plus qu'un acte conservatoire ordinaire, qu'elle est déjà une immixtion dans les affaires du débiteur et, par conséquent, qu'elle a pour but de préparer l'exécution. Outre que cet argument ne nous paraît pas comporter la nécessité que l'on veut y voir, il nous semble qu'il comporte une difficulté insurmontable. L'on admet, en effet, que lorsqu'un créancier a agi par cet article 1166, son action vaut à l'égard de tous les créanciers, l'objet de la créance recouvrée tombe dans le gage commun à tous, et, par conséquent, profite au créancier, dont la créance est venue à échéance

entre le moment où l'action a été intentée et le jugement qui a donné gain de cause au créancier agissant. Par conséquent, le créancier à terme dans ce cas jouit de l'effet de l'article 1166, comment ne pas admettre qu'il ne puisse pas mettre lui-même cet article en action.

Si nous considérons, en terminant, le fait que c'est seulement le droit du débiteur qui est en cause, que par conséquent la condamnation portera sur le montant total du droit du débiteur, nous ne pouvons comprendre la restriction apportée pour le créancier à terme par la jurisprudence. Ce n'est pas, en effet, de son propre droit à terme dont le créancier se sert, mais du droit du débiteur qui lui est exigible. Si nous poursuivons l'étude de la jurisprudence à ce sujet, nous voyons une nouvelle contradiction dans l'idée suivante. Certains auteurs ont pensé que le créancier poursuivant doit être assimilé à un créancier saisissant, le droit du débiteur devenant de ce fait indisponible entre ses mains. Dans ce cas, le débiteur cesse d'être réellement titulaire de son droit, mais alors le créancier devrait être muni d'un titre exécutoire, car ce que la jurisprudence a consacré à l'action du créancier, d'après elle, n'est pas une saisie ; donc le débiteur conserve la libre disposition de ses droits et ses actes seront opposables à ses créanciers. Par conséquent, l'acte du créancier agissant en vertu de l'article 1166 n'est, après tout, pas autre chose qu'un acte conservatoire. Sans revenir à l'idée du créancier à terme, que nous avons envisagée plus haut, cette notion jurisprudentielle de l'action oblique, nous paraît impliquer la solution de la question de l'autorité de la chose jugée, question qui, cependant, reste dans le vague. Lorsque le débiteur n'a pas été appelé dans la procédure de l'action oblique, il reste incertain de savoir si le jugement peut ou non lui être opposé. Nous ne comprenons pas le sens de cette hésitation.

C'est à ces incertitudes de la jurisprudence et à la res-

triction, par les conditions trop sévères ou, en effet, trop restreintes, que l'on doit attribuer selon nous, la désaffection éprouvée pour cet article.

Mais d'où provient alors cette attitude de la jurisprudence. Nous croyons y voir la marque de la théorie du créancier chirographaire, ayant cause à titre universel. Bien entendu, il n'est pas question de l'établissement logique et volontaire de cette doctrine, mais seulement d'une idée générale que s'en fait la jurisprudence. Or, nous avons vu que M. Bonnecase, a démontré l'incompatibilité qu'il y a entre l'idée de l'action oblique et l'idée d'un ayant cause à titre universel. La jurisprudence l'a bien ressenti et c'est au sentiment de cette contradiction que l'on peut attribuer ses propres contradictions, de même que c'est à l'idée d'ayant cause à titre universel que l'on peut attribuer ses restrictions.

La jurisprudence obéit, en fait, à l'idée que c'est l'exécution qui domine toute la situation de l'article 1166. Nous avons cependant vu qu'elle pose et démontre la thèse contraire, comme seule admissible, mais c'est le seul moyen qu'elle ait trouvé pour concilier son idée du créancier ayant cause à titre universel avec l'article 1166. Il est très net en effet que la jurisprudence envisage exclusivement cet article en pratique sous l'angle de l'exécution, elle peut ainsi admettre que le créancier agisse en vertu de l'article 1166, car il devient alors, et du fait de l'exécution, un créancier à gage individualisé. C'est donc parce qu'il est devenu ce créancier à gage individualisé (puisqu'il exécute précisément sur ce gage) que le créancier peut employer l'article 1166. Et, d'autre part, la jurisprudence peut refuser cette action au créancier à terme parce que celui-ci ne pouvant pas exécuter est encore à ses yeux un ayant cause à titre universel. L'on voit donc les contradictions

dans lesquelles la jurisprudence est obligée d'entrer pour concilier sa thèse générale avec l'article 1166.

C'est encore, pour n'avoir pas voulu admettre l'idée du créancier ayant cause à titre particulier que l'on a été entraîné à hésiter sur la portée de la chose jugée.

Si l'on considère, en effet, le créancier comme un ayant cause à titre universel, l'on est bien obligé d'admettre qu'il se présenterait comme un représentant du débiteur. Cependant, nous savons que des auteurs, les mêmes (Demolombe) qui ont soutenu cette thèse de l'autorité de la chose jugée vis-à-vis du débiteur, estiment qu'agissant ainsi le créancier fait une saisie. Certes, la jurisprudence repousse cette idée, de saisie; mais nous avons vu qu'elle admet la possibilité pour le créancier d'agir par l'article 1166, précisément lorsque le créancier exécuté devient un ayant cause à titre particulier et, par conséquent, n'est plus considéré comme représentant le débiteur. Faut-il admettre que la chose jugée n'est pas opposable au débiteur, il nous paraît alors difficile d'expliquer que le produit de l'action au cas où le créancier triomphe, entre dans le patrimoine du débiteur. La question semble insoluble; mais elle trouve une explication très simple lorsque l'on considère le créancier comme ayant cause à titre particulier. En effet, le créancier, dans ce cas, a le droit de poursuivre un bien déterminé de son débiteur par l'action même du débiteur. Celui-ci est littéralement dépossédé de son pouvoir d'action du fait du droit de son créancier, vis-à-vis d'un bien déterminé. La chose jugée sera donc opposable au débiteur, dans la mesure même où il reste le titulaire du droit que son créancier fait agir.

Donc, nous aboutissons quant à l'action oblique et du simple fait de l'application de la notion d'ayant cause à titre particulier à ce double résultat bien fait pour renforcer le crédit : 1° L'action oblique pourra être utilisée

par tout créancier, sans autre condition que l'inaction du débiteur. Par conséquent, l'emploi de ce moyen conservatoire s'élargit considérablement et de ce fait renforce la position objective du créancier. Nous disons position objective c'est, en effet, celle qu'il faut considérer dans la question du crédit, puisque c'est celle qui peut renforcer ou affaiblir la confiance vis-à-vis d'un débiteur.

2° La chose jugée en matière d'action oblique devient opposable au débiteur, elle offre donc une certitude de plus au créancier qui agit, puisqu'il est certain désormais de ne pas agir en vain, ou de ne pas voir son débiteur compliquer la situation par malice.

§ 3. *Action paulienne.*

L'action paulienne diffère essentiellement de l'action oblique, en ce que le créancier agit ici en son propre nom. Il ne représente plus le débiteur, c'est une action qui lui est propre et qui lui servira à se défendre contre un acte du débiteur. Les auteurs qui admettent la théorie classique sur le créancier chirographaire ont été incapables d'expliquer réellement la possibilité de cette action. Comme pour l'action précédente, ils se sont en fait rabattu sur l'idée que l'action paulienne est déjà un acte d'exécution. Or, il n'en est rien dans la réalité. Nous devons rechercher ici, d'une part, si la théorie de l'ayant cause à titre particulier n'a pas été admise en fait sur certains points particuliers, de l'action paulienne et, d'autre part, *si cette théorie admise ouvertement dans ce domaine ne serait pas utile au crédit.*

On ne saurait trop insister sur le fait que l'action paulienne n'est pas une mesure d'exécution. L'on se laisse, en effet, en général guider par l'idée que le préjudice subi par

les créanciers doit être prouvé; or, cette preuve, dit-on, ne peut guère être faite que si les créanciers ont discuté les biens du débiteur et l'on est amené, par conséquent, à croire la discussion nécessaire, à dire que l'action paulienne est déjà un acte d'exécution. Or, il n'en est rien, la discussion n'est pas toujours nécessaire, il se peut, au contraire, qu'une insolvabilité notoire soit suffisante, le préjudice dans ce cas est évident. L'on peut dire tout au plus que l'action paulienne est une mesure qui fait envisager une exécution et à la rigueur une déconfiture, mais elle ne l'est pas elle-même.

Sur la première question que nous avons posée, il semblerait que l'on considère, en fait, le créancier chirographaire, comme un ayant cause à titre particulier, au moins pour les effets de l'action paulienne. Ceux-ci sont, en effet, limités. La personne du créancier qui agit, et dans ce cas la valeur restituée ne revient pas au patrimoine de l'aliénateur, la jurisprudence a adopté cette thèse (Cass. civile, 14 déc. 1923, D. 23 .1.222) et il est difficile de la justifier avec la position traditionnelle prise vis-à-vis du créancier chirographaire, les deux explications principales ne paraissent pas meilleures l'une que l'autre, d'une part, l'on a invoqué l'autorité relative de la chose jugée, cet argument ne semble absolument pas fondé, étant donné que l'on arrive à la révocation d'un acte et que, dans ce cas, ainsi que pour les cas de nullité l'acte est nul.

Donc l'on ne peut pas dire que le résultat de cette nullité doit se limiter au demandeur en vertu de l'autorité relative de la chose jugée.

Le deuxième point de vue n'est pas moins contestable, les auteurs qui l'ont soutenu (Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, § 331) ont aperçu la contradiction gênante qui existe entre l'effet de l'article 1166 et l'effet de l'article 1167. Ils ont dit alors que le créancier agissant par l'article 1166

exerce une action de son débiteur, donc l'effet normal de cette action sera de faire rentrer le bien dans le gage commun des créanciers. Au contraire, dit Planiol, l'article 1167 donne au créancier une action qui lui est propre et individuelle, le résultat ne peut donc profiter qu'à celui qui agit. Mais c'est là admettre que l'action paulienne est une voie d'exécution, sinon l'évidence même conduit à dire que l'acte annulé du fait de l'action paulienne ne peut plus produire d'effets pour les tiers, ne peut être nul pour les uns et valable pour les autres. Pour soutenir la théorie de Planiol, il faut donc dire que le créancier s'empare immédiatement du bien aliéné indûment et, par conséquent, que la révocation profite à lui seul. Mais que dire alors, si le créancier se borne à agir par l'action paulienne, et ensuite n'exécute pas. Nous croyons que la Cour de cassation a bien jugé loirsqu'elle affirme que, seul, le créancier poursuivant a droit à la valeur restituée, mais ceci repose sur l'idée que ce créancier est un ayant cause à titre particulier, tout ce que l'on pourrait dire, c'est qu'il s'est transformé de créancier chirographaire à gage général en créancier chirographaire à gage individualisé et, en effet, selon nous, qu'il exécute immédiatement ou non, *le bien indûment aliéné qui est revenu dans le patrimoine du débiteur*, devient le gage spécial du créancier poursuivant. C'est là un singulier renforcement du crédit par la théorie de l'ayant cause à titre particulier, mais c'est là aussi constater une contradiction de plus, où conduit la notion d'ayant cause à titre universel, lorsque l'on voit la contradiction qui existe avec l'action oblique.

Ne serait-il pas essentiel d'admettre que l'action oblique elle aussi, ne doit avoir d'effet qu'au profit du créancier poursuivant ?

Ce serait en tout cas inciter réellement, le créancier à

profiter des moyens que la loi met à sa disposition pour renforcer sa situation et, par contre-coup le crédit.

Cette façon d'expliquer cet effet, est en particulier entièrement conforme à l'article 788, selon lequel « les créanciers de celui qui renonce (à une succession) au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur en son lieu et place. Dans ce cas la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leur créance, elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé ».

Le deuxième alinéa nous intéresse tout spécialement; en effet, l'on voit directement l'importance de cette conception de l'ayant cause à titre particulier pour le crédit, étant donné que le créancier agit par une action personnelle, il ne peut pas obliger l'héritier à accepter; mais, d'autre part, il sera préservé de tout préjudice, parce qu'il peut agir dans son intérêt propre, pour profiter de la succession échue à son débiteur. Or cela n'est possible que si l'on peut le considérer comme ayant *un droit particulier*, vis-à-vis de cette succession, et non pas seulement vis-à-vis de tout le patrimoine, en général, de son débiteur. Cela nous conduit donc à admettre logiquement une nouvelle extension de l'action paulienne, à savoir son extension à toutes les renonciations faites par le débiteur au préjudice des droits du créancier.

C'est, d'ailleurs, sur ce principe que semble s'être fondée la Cour de Dijon (24 juillet 1885, D. 86.2.217), lorsqu'elle admet le légataire à faire annuler la renonciation de l'héritier faite en fraude de ses droits. Le légataire, en effet devient créancier de l'héritier par l'acceptation; mais avant l'acceptation, il n'est qu'un ayant cause à titre particulier et c'est à ce titre qu'il peut agir par l'action paulienne.

Bien entendu, il ne pourra faire annuler la renonciation que jusqu'à concurrence de son legs.

Admettre cette théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier, c'est encore renforcer le crédit à deux points de vue. Tout d'abord et comme pour l'action oblique se pose la question du créancier à terme, celui-ci actuellement n'est pas admis à se prévaloir de l'action paulienne, mais ceci suppose que le créancier a le pouvoir d'employer les voies d'exécution et qu'il discute les biens de son débiteur ; or nous avons repoussé cette idée, il n'y a aucune raison en dehors de celle-ci de refuser l'exercice de la paulienne au créancier à terme, d'autant plus qu'il exerce ici une action qui lui est propre, par conséquent le raisonnement que nous avons fait pour l'action oblique peut s'appliquer ici *a fortiori*.

Le deuxième point est celui qui concerne le sort des engagements nouveaux après la constatation de l'insolvabilité notoire du débiteur. Ce point se rattache déjà à la création de la faillite civile dont nous aurons à parler plus tard, mais nous pouvons signaler dès maintenant que si l'on considère le créancier comme un ayant cause à titre particulier, il aura sans aucun doute le droit d'attaquer les nouveaux engagements pris par le débiteur après cette constatation, et il pourra les attaquer par l'action paulienne, malgré l'absence de fraude du nouveau créancier. Ce serait donc assurer au créancier existant par le simple fait de la discussion des biens du débiteur par exemple, le moyen de se prémunir contre tout nouveau recours. Or cela n'est possible que si l'on envisage la situation de ce créancier comme comportant un droit particulier sur chaque élément du patrimoine de son débiteur et non pas seulement sur la personne même de celui-ci. Sans doute la situation du créancier postérieur serait dans ce cas rendue plus mauvaise mais il ne faut pas oublier que ce créancier aurait eu des moyens de se prémunir.

D'autre part, si l'on considère à la vérité, la fraude du débiteur comme étant la volonté de « se soustraire aux conséquences d'un acte antérieur en rendant impossible la poursuite du créancier[1] » notre conception coïncide parfaitement avec les exigences du code, et c'est seulement en envisageant les choses sous un angle différent que nous pouvons élargir le domaine et rendre effective l'application de l'action paulienne.

Si nous envisageons le droit de rétention, nous sommes amené à plus de prudence encore ; en effet comme l'on sait le droit de rétention n'est pas prévu expressément dans le Code, et c'est la jurisprudence qui a fait la plus grande partie de cette théorie. Les auteurs qui ont voulu dégager la notion du droit de rétention ont été amenés à l'envisager comme un droit exceptionnel pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la loi prévoit des cas particuliers du droit de rétention et ne se fondant que sur ces cas, envisageant d'autre part la notion d'ayant-cause à titre universel, ces auteurs ont voulu voir dans le droit de rétention soit un privilège, soit un droit réel. Mais toutes les caractéristiques du droit de rétention peuvent s'expliquer parfaitement sans accepter l'une ou l'autre de ces théories, à la seule condition d'admettre que le créancier peut exercer ce droit de rétention comme un droit normal sans qu'il ait besoin d'une confirmation particulière dans les textes ou même sans rechercher si le contrat est syllagmatique. Mais, ceci ne peut se concevoir que si le créancier peut avoir un droit particulier sur un bien du patrimoine du débiteur, droit particulier qui s'explique par sa condition même de créancier, c'est-à-dire qui suppose une corrélation entre la chose retenue et la chose réclamée. Mais ce lien qui n'a nullement besoin d'être formulé, ne trouve son explication que dans la notion d'ayant cause à titre particulier. Et ceci permet

1. Planiol, t. II, n° 312.

alors de poser une question difficile à résoudre à la vérité. L'on dit que le droit de rétention n'est qu'un refus légitime de restitution, or, si ce que nous avons dit jusqu'ici est exact (et nous le renforcerons encore tout à l'heure), peut-on admettre que ce refus provienne seulement d'un hasard ? Si en effet pour les contrats synallagmatiques il ne peut être question du hasard, il n'en est pas de même pour les actions réelles où le créancier peut se trouver fortuitement en possession d'un bien du débiteur. Est-il normal, en admettant le lien qui existe entre ce bien et le créancier, de voir ce bien trouver une application par un simple événement fortuit ? Ceci, pour bien mettre en lumière la question que nous voulons poser. Lorsque le rétenteur perd la possession, est-il normal qu'il n'ait aucun moyen de reprendre la chose ? Dans trois cas au moins, le fait nous paraît incontestable. Ce sont les cas bien connus du bailleur d'immeuble, du créancier gagiste et du vendeur. Le créancier gagiste par exemple a le droit de poursuivre la chose donnée en gage, de même que le vendeur possède le droit de revendiquer la chose vendue.

Est-ce à dire, que ce sont des droits différents du droit de rétention ? Sans doute, mais il existe avec eux une grande analogie, le lien qui réunit le créancier chirographaire, ayant-cause à titre particulier, à l'objet qu'il retient est un lien moins fort que les précédents, mais après l'existence de la rétention, c'est un droit qui devient de la même nature. Il semblerait donc dès lors normal de faire dériver de ce droit de rétention un droit de suite sur le bien retenu. Ce qui tendrait à nous le prouver, c'est le fait par exemple que le droit de rétention est indivisible au même titre et pour la même raison que le gage. Il y a en quelque sorte une condition posée à la restitution, condition qui est le paiement intégral de la dette, tant que celui-ci n'est pas fait, il n'existe pas de raison de détruire le droit de rétention.

Le créancier reste d'autre part muni de son droit contre les autres créanciers, jusqu'au moment de son paiement, or, il n'y a qu'un créancier chirographaire comme les autres. Si l'on ne veut pas expliquer son privilège par le hasard l'on est bien forcé d'admettre la notion d'un lien particulier entre le créancier et la chose qui justifie le droit de rétention.

En ceci le Code de commerce allemand, article 371 nous paraît sanctionner la véritable théorie en assortissant le droit de rétention à un droit de préférence contre les tiers. Remarquons que cela n'en fait pas un droit réel, mais que cela consiste dans un simple renforcement de la position du créancier chirographaire.

Il ne faut pas en effet considérer ce créancier comme formellement désavantagé par la loi comme le fait la théorie traditionnelle, en face des créanciers gagistes ou privilégiés. Nous voyons dans le droit de rétention un puissant renforcement éventuel pour tout créancier chirographaire, une sorte d'échelon intermédiaire toujours possible, et qui lorsqu'il se réalise place le créancier chirographaire dans une situation particulièrement favorable.

Par là même se trouvent levées la plupart des difficultés doctrinales que nous avons signalées plus haut et les hésitations de la jurisprudence ne semblent plus devoir se renouveler.

En résumé, le droit de rétention devrait recevoir une application des plus larges et être appliqué toutes les fois qu'un créancier a la maîtrise d'une chose appartenant à son débiteur, à l'occasion d'une créance quelconque sous réserve d'un motif licite, son extension apportant une contribution d'autant plus grande à la solidité du crédit.

§ 4. *La compensation.*

Il peut paraître étrange de considérer la compensation sous l'angle du crédit. Mais du point de vue de la plus stricte analyse juridique en droit civil, la compensation a une influence sur le crédit, car l'on peut considérer que chaque débiteur possède grâce à elle une facilité pour se libérer en renonçant à sa créance et chaque créancier possède une garantie pour sa créance en refusant de payer ce qu'il doit. Par conséquent, la compensation peut aisément se rattacher au droit de rétention étudié plus haut, mais l'on ne peut admettre dans cet ordre d'idées que la compensation légale.

En effet, la compensation conventionnelle ne peut pas être considérée comme une garantie du créancier, puisqu'elle résulte de la seule convention postérieure à la naissance des deux créances. Or, une des conditions essentielles du crédit, et l'on ne saurait trop insister sur ce point, réside dans le fait que le créancier connaît au moment de la conclusion du contrat tous les recours qui seront en son pouvoir. Il n'existe de garanties véritables que celles qui sont prévues d'avance, par la loi, soit qu'elles s'appliquent automatiquement à tout créancier, comme celles que nous avons envisagées jusqu'ici, soit qu'elles consistent en de simples possibilités mises en jeu par un acte des parties comme les sûretés personnelles ou réelles.

Donc, la compensation légale, apparaît parfaitement comme une garantie, mais une fois de plus cette garantie ne se comprend qu'en faveur d'un créancier ayant cause à titre particulier. Que fait la loi française en effet ? Elle pose seulement des conditions à l'existence de cette compensation. Mais lorsqu'on lit les articles 1290-1291 du Code civil, on s'aperçoit de suite que le second qui pose ces conditions n'apparaît que comme une limitation du premier

qui pose le principe de la compensation légale. Donc, ces conditions ne sont que des restrictions du fait que tout créançier a un droit particulier de refuser le paiement d'une dette qu'il a vis-à-vis de son propre débiteur, mais alors, sa créance est en somme garantie par un bien particulier du patrimoine de son débiteur, à savoir la créance que son débiteur a contre lui. Admettre cette théorie, est véritablement le seul moyen de comprendre la compensation.

Mais alors, il est impossible de restreindre le domaine de la compensation au delà des limites fixées par le Code civil, et l'on doit admettre l'existence de cette possibilité de refuser le paiement sitôt que les conditions exigées sont remplies.

Il nous semble par conséquent que le Code civil français est nettement en avance dans l'utilisation de la compensation comme moyen de crédit, sur le Code allemand d'après lequel les deux dettes ne s'éteignent pas de plein droit. Il nous faut remarquer que contrairement à la théorie classique sur le créancier chirographaire, la date de la compensation importe considérablement ici. D'après la théorie classique en effet, l'antériorité d'une créance ne sert en rien son propriétaire en l'état normal tout au moins. Au contraire, dans le cas de la compensation une créance du fait de son existence supprime une partie du gage des créances postérieures. Par conséquent l'antériorité des créances chirographaires joue un rôle indéniable.

Ceci nous amène d'ailleurs à une idée générale, à savoir que la certitude sur la date de naissance des créances, est un élément important du crédit. La sécurité quant à la date de naissance des créances devrait être beaucoup plus grande et augmenterait ainsi la sécurité des créanciers.

§ 5. *La subrogation.*

Cette question est liée à la précédente. En effet, alors que dans le cas de la compensation, il n'y a de rapport qu'entre le créancier et le débiteur, dans celui de la subrogation, il existe un rapport avec un tiers, mais dont la garantie est du même ordre que la précédente. Sans aucun doute, elle est un moyen de crédit, car le fait de subroger un tiers qui paye une dette dans les droits du créancier donne à celui-ci des garanties plus considérables dans la plupart des cas que la simple action née en sa personne du fait du paiement. Comme dans le cas précédent, nous envisagerons surtout la subrogation légale. Nous savons en effet que la subrogation peut avoir lieu du consentement du créancier, mais dans ce cas elle n'est pas réellement un organe du crédit pour les raisons que nous avons indiquées dans la compensation. La subrogation légale au contraire serait l'exemple-type d'un élément de technique du crédit car elle assurerait une sorte d'existence objective aux obligations qui cesseraient de ce fait d'être exclusivement attachées à la personne du créancier.

Le Code civil n'a cependant pas été jusqu'à admettre l'idée d'une subrogation légale dans tous les cas. L'on connaît les six cas principaux qui sont énumérés dans la loi, mais il est malaisé de restreindre la subrogation légale à ces cas. Nous voulons bien qu'il y ait ici l'idée d'une convention sous-entendue, comme on l'a souvent dit, quoique cette notion nous paraisse presque en contradiction avec l'idée que la personne qui paye dans ces cas, y est légalement contrainte ou tout au moins possède un intérêt considérable à faire ce paiement. Il semble que la loi ait exigé en réalité un lien précis entre celui qui paie le créancier et l'existence de la créance elle-même. Il en est manifestement ainsi en cas de subrogation accordée à l'acheteur

d'un immeuble hypothéqué par exemple. Mais alors, ne faudrait-il pas étendre cette notion de lien possible à bien d'autres cas que ceux prévus par la loi, car il semblerait que la subrogation opérée légalement et malgré la mauvaise volonté d'un créancier soit de nature à faciliter le règlement des dettes en augmentant la sécurité des tiers payeurs.

Ceci semblerait d'ailleurs étayé par les effets mêmes de la subrogation légale, qui sont tellement généraux et susceptibles de s'appliquer à n'importe quel créancier que l'on ne voit pas la raison de les restreindre à six cas déterminés. Il semblerait que le simple fait de l'intérêt suffirait au paiement par un tiers, permettrait le transport à ce tiers de toutes les garanties du créancier.

C'est là sans aucun doute une conception hardie, étant donné le texte de la loi, mais cette conception est en accord avec l'idée que nous avons soulignée, d'objectivité des créances.

§ 6. *Rapport des dettes.*

Une question à la vérité secondaire, mais qui exerce une grande influence sur le crédit subjectif d'une personne, est la question du rapport des dettes. L'on sait que le rapport des dettes a lieu lorsqu'un débiteur se trouve héritier de son créancier; dans ce cas, il doit rapporter à la succession les sommes dont il est débiteur avant de participer à l'héritage. La plupart du temps, le rapport se fait en moins prenant. Nous avons dit que cette institution pouvait favoriser le crédit, et en effet, il se trouve à ce moment un débiteur qui a le moyen de payer sa dette, ne serait-il pas logique dès lors, de lui imposer ce paiement.

Il est nécessaire, semble-t-il, pour concevoir juridiquement le rapport des dettes de s'écarter peut-être un peu

des textes existant actuellement. Ces textes en effet restreignent le rapport des dettes à ceux qui seraient tenus du rapport des dons. Il existe dans le rapport des dettes le germe d'une institution qui pourrait être considérable. Lorsqu'on l'analyse, on s'aperçoit en effet qu'elle applique d'une façon tout particulièrement précise l'idée du créancier chirographaire, ayant cause à titre particulier. Que se passe-t-il aux termes de l'article 829, sinon le fait que certains biens échus au débiteur serviront de préférence aux autres et par une affectation spéciale au paiement de la dette. Or, d'où provient cette affectation spéciale? Il est inadmissible de dire qu'elle provient seulement de la loi, car ici la loi n'a pas été rédigée d'une façon arbitraire, mais a envisagé le lien particulier du créancier et du débiteur, voisin mais non pas confondu avec le lien obligatoire qui existe entre eux.

Sans pousser trop loin l'analogie, ne pourrait-on pas dire que le rapport des dettes constitue une institution voisine de la compensation, pour le cas où le deuxième lien entre débiteur et créancier ne serait pas un lien obligatoire. La loi nous en donne un exemple très net avec le lien d'héritier, mais est-ce là seulement une institution isolée où l'article 829 répond-il à une conception générale? La jurisprudence semble avoir adopté ce dernier point de vue et c'est ainsi que la Cour de cassation a appliqué cette règle à tous les partages. Elle invoque l'idée de l'égalité entre les copartageants mais elle applique en fait la notion d'affectation spéciale d'un bien particulier au paiement d'une dette. De l'idée de partage la Cour de cassation est allée rapidement à l'idée de partage de l'actif social entre les associés[1] et c'est ici que cette théorie a pris sa plus grande extension.

1. Cassation, 8 février 1882, D. 82.1.317, S. 82.1.224; Cassation, 6 août 1895, D. 99.1.462.

Donc la jurisprudence semble disposée à étendre cette idée sur la base de l'idée générale suivante : Admettant la théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier, l'on est obligé de reconnaître l'affectation spéciale d'un bien au paiement d'une dette. Lorsqu'il existe une raison pour affecter tel bien plus spécialement à ce paiement, l'affectation paraîtra évidente, or, cette raison réside la plupart du temps dans la situation respective du débiteur et du créancier. C'est donc le rapport juridique qui existe entre eux indépendamment du rapport obligatoire qui décidera de cette affectation : rapport d'héritier dans l'article 829. Mais on ne voit alors aucune raison pour restreindre cette notion, et pour choisir seulement entre tous les rapports qui ont pu se créer, l'un ou quelques-uns d'entre eux, à l'exclusion des autres.

L'on paraît être absolument dans la ligne tracée par la compensation et le rapport des dettes en étendant largement cette idée et l'on doit accueillir avec intérêt toute idée qui permet à une créance de se voir affecter à un bien particulier en quelque sorte par privilège puisque ceci a lieu sur le fondement d'un autre rapport juridique qui se trouve ainsi consolider la situation du créancier.

§ 7. *La séparation des patrimoines.*

Nous retrouvons la même idée d'affectation avec la théorie de la séparation des patrimoines, mais ici l'affectation a lieu au profit de tout un corps de créanciers et au sujet de tout un ensemble de biens. C'est pourquoi nous l'étudierons avant la faillite civile qui porte elle aussi sur tout un patrimoine, au profit de la masse des créanciers, et à laquelle nous consacrerons notre attention à la fin de cet ouvrage.

L'on considère en quelque sorte la mort du débiteur

comme arrêtant l'évolution de son patrimoine de façon que ses créanciers se trouvent tous à même d'exécuter immédiatement leur droit sur cette masse de biens désormais immobiles. Ainsi les créanciers à terme pourront au même titre que les autres réclamer cette séparation. Mais la différence fondamentale d'avec la faillite civile quant aux créanciers, consiste dans le fait qu'ici chaque créancier agit pour lui-même, et, invoquant la séparation des patrimoines alors que les autres ne l'invoquent pas, recevra tout ce qu'il aurait reçu si tout le monde avait demandé la séparation comme lui, si en quelque sorte il y avait eu séparation matérielle et concrète au lieu d'une séparation abstraite et juridique seulement. Cette institution a une portée considérable pour le crédit, elle fait en quelque sorte le pendant de toutes les institutions qui ont pour but de surveiller les débiteurs pendant leur vie, et de les empêcher de dilapider leur patrimoine en fraude des créanciers. Ceux-ci possèdent le droit à la mort de leur débiteur de s'assurer de son patrimoine et leur droit est tel qu'ils suivent les immeubles de leur débiteur même hors des mains de l'héritier. L'aliénation (pourvu que l'inscription du bénéfice ait été faite à temps) ne peut donc pas préjudicier au créancier qui de cette façon, ayant escompté la valeur des biens de son débiteur, ne pourra pas voir ses calculs déjoués. C'est la même idée qui a poussé la jurisprudence à donner aux créanciers un droit de préférence sur le prix des immeubles vendus[1] transformant ainsi en une véritable hypothèque générale ce qui n'était dans la loi qu'une simple séparation. Le simple créancier chirographaire se trouve dès lors muni de par sa seule volonté d'un véritable droit réel, situation qui paraît paradoxale mais qui n'est pas autre chose en réalité que la constatation juridique du fait résul-

1. Cassation, 7 août 1860, D. 60.1.506, S. 61.1.257.

tant de sa qualité d'ayant cause à titre particulier, qu'il a un droit sur chaque bien du patrimoine de son débiteur, et que ce droit ne peut lui être enlevé par un événement fortuit. C'est donc une sécurité presque totale que reçoit le créancier quant au fait imprévisible par lui de la mort de son débiteur.

La jurisprudence par l'extension que nous avons vue a bien suivi l'idée de la loi en donnant les moyens techniques au créancier pour protéger son droit même au cas de la mort du débiteur. La preuve que c'est bien là la pensée de la loi[1] pourrait entre autre être fournie par l'idée admise par tout le monde que la séparation n'a pas besoin d'être demandée sur tout le patrimoine, mais seulement sur un bien qui paraît suffisant au créancier pour le désintéresser.

§ 8. — *La déconfiture.*

Il est remarquable que le Code civil n'a jamais défini la déconfiture. Il la cite assez souvent mais ne la réglemente jamais. En fait, on peut dire que le cas de déconfiture se produit lorsque les biens du débiteur sont manifestement insuffisants pour payer les créanciers apparents, ou encore comme le dit M. Capitant dans son *Vocabulaire juridique*, la déconfiture est la situation d'un débiteur qui d'une manière notoire n'est pas en état de payer ses créanciers. L'on voit donc de suite, que la déconfiture est spéciale aux non-commerçants puisque pour les commerçants elle serait remplacée par la faillite.

Quelles sont les caractéristiques principales de cette institution? Tout d'abord, nous ne trouvons pas un acte spécial ou une procédure qui prouve la déconfiture. Il faut seulement que l'impossibilité du débiteur de satisfaire

1. Code civil, articles 878 et suivants.

à ses engagements soit notoire et dès le milieu du XIXe siècle, dans un arrêt du 3 mars 1869[1] la Cour de cassation a laissé entendre que de simples indices extérieurs suffisaient pour donner lieu à déconfiture.

En réalité, en effet, la constatation de l'insolvabilité ne doit pas offrir de difficultés considérables.

Néanmoins, l'on rencontre dès maintenant les premières difficultés quant à la déconfiture, à cause de l'absence d'un moyen déterminé par le Code, pour fixer une date à l'ouverture de la déconfiture. Nous nous trouvons en effet devant la situation paradoxale suivante que la déconfiture produit des effets incontestables et nombreux, sans qu'il y ait une procédure fixe pour régler ces effets, ni le moyen de savoir à partir de quel moment ils jouent. Le débiteur civil insolvable conserve sa liberté et devenu maître de ses biens, comme l'a fort bien dit M. Budin[2] « ces droits ne trouvent de limites que dans les droits des créanciers ».

Cependant les effets de la déconfiture, sont aussi nombreux qu'importants. Un des principaux réside dans la déchéance du terme — article 1188 — que la jurisprudence a posé comme un principe général permettant d'expliquer les articles 1613 et 1913.

De même, le Code civil prévoit que la déconfiture du mari permet aux créanciers personnels de la femme d'exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence du montant de leur créance et encore la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé, lorsque le débiteur est en déconfiture, et cela avant toute discussion.

Citons pour mémoire, que la déconfiture met fin au mandat et à la société.

Mais l'effet essentiel de la déconfiture est l'ouverture de

1. D. 69.1.200.
2. Thèse, *Faillite civile*, Paris, 1935, p. 46.

la procédure de destitution par contribution, ainsi qu'elle est déterminée dans le Code de procédure civile, article 566. Nous voyons donc d'après ces indications extrêmement brèves que le Code civil nous indique quelques éléments se rapportant à la déconfiture, mais sans aucune idée générale, et laisse paraître l'idée d'un système anarchique. Il est très rare en effet que les créanciers se mettent d'accord pour faire de cette procédure une procédure collective, et ils seront tenus d'agir individuellement, de discuter individuellement le patrimoine, ils se heurteront à un grand nombre d'obstacles qui ne sont des obstacles que par le défaut d'organisation de la procédure, par exemple insaisissabilité de certains biens, droits des tiers qui ont sur le patrimoine des droits de préférence, etc... Les créanciers agissant ainsi sont en outre amenés à morceler le patrimoine de leur débiteur, et par conséquent ne peuvent pas profiter des avantages incontestables d'une liquidation globale d'un patrimoine. Enfin, le paiement se fait normalement au prix de la course, et ce qui est la négation même d'une juste notion du créancier chirographaire puisque cela revient à admettre l'inégalité de fait entre les créanciers. Nous ne dirons rien des difficultés pratiques concernant l'ouverture de la déconfiture et les actes antérieurs. Nous les avons signalés plus haut.

TITRE II

LE CRÉDIT MUNI DE SURETÉS

TRANSITION ENTRE LE CRÉDIT EXAMINÉ SOUS L'ANGLE DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE ET LE CRÉDIT MUNI DE SURETÉS

Nous n'avons pas voulu nous prononcer sur la valeur juridique des diverses théories du créancier chirographaire. Cette discussion, nous l'avons dit, nous aurait entraîné hors de notre sujet, mais ayant terminé l'étude du créancier chirographaire sous l'angle du crédit, nous devons faire la constatation suivante : La théorie de l'ayant cause à titre particulier favorise le crédit sous toutes ses formes, alors que la théorie classique semble le laisser végéter.

Il y a à ceci une explication simple et générale : le créancier lorsqu'il se sait ayant cause à titre particulier se sent dans une situation meilleure et plus sûr de son paiement. Il est dans la situation de celui qui considère que tel bien particulier lui revient et qu'un certain nombre de droits lui sont précisément donnés pour agir sur ce bien. Il est aisé de comprendre qu'il se trouve beaucoup plus sûr que lorsqu'il n'a qu'un droit général sur une masse flottante de biens.

D'autre part, et objectivement, cette fois, il est possible de renverser la question telle qu'elle a été posée jusqu'ici. L'on a dit, étant donné les droits que le Code civil accorde

au créancier chirographaire, qu'elle est la situation de celui-ci ? Mais ne pourrait-on pas dire, une fois la réponse apportée, que le créancier chirographaire est ayant cause à titre particulier, étant donnée cette situation d'ayant cause à titre particulier quels sont les droits qu'il possède ? Ce n'est point à dire qu'il faille renverser les textes actuels, ou préparer des réformes législatives, mais bien que l'on doit interpréter les textes dans ce sens. Nous nous sommes livrés rapidement à ce travail, et précisément, nous avons vu que cette interprétation donnait effectivement davantage de droits au créancier. Donc, l'on peut considérer que, subjectivement comme objectivement, cette théorie est favorable au crédit. Il est vrai que nous n'avons parlé, jusqu'ici, que du créancier et que le débiteur n'a point paru ; mais nous avons déjà dit que le droit civil a organisé le crédit en fonction du créancier.

D'ailleurs, tout ce qui affermira les droits des créanciers, ce qui rendra la fraude du débiteur malhonnête plus difficile, l'exécution plus simple, plus équitable et plus rapide, favorise indirectement le débiteur honnête et par conséquent soutient son crédit.

La situation du créancier ayant cause à titre particulier, amène à envisager le crédit lorsqu'il est muni de sûretés. Le lien qui les unit est multiple. Tout d'abord le débiteur entre en jeu lui-même, lorsqu'il s'agit des sûretés personnelles données, pourrait-on dire, davantage pour augmenter son crédit moral et, pour suppléer à l'engagement de sa personne lorsque le créancier, tout en lui faisant confiance, ne trouve pas dans son patrimoine une garantie suffisante de la dette. C'est donc parce qu'à cause du défaut de spécialisation ou de l'impossibilité de spécialisation du gage que le créancier chirographaire serait amené à réclamer des sûretés personnelles.

L'on peut donc considérer ces sûretés comme un palliatif

à une déficience de l'état juridique du créancier chirographaire. Il ne s'agit là que de la catégorie la moins favorisée de créanciers chirographaires, le créancier chirographaire à gage général et indéterminé, qui ne possède aucun droit précis sur les biens de son débiteur, mais seulement des droits virtuels. Lorsqu'il aura fait jouer ces droits, il se trouvera dans la situation d'un créancier à gage individualisé. Ce qu'il demande, en effet, aux sûretés personnelles, c'est un engagement total du patrimoine, il serait donc créancier à gage général et l'engagement des cautions ne se comprend alors que dans le cas de la situation particulièrement faible du créancier à gage général. Il est bien entendu que cela n'exclut pas la possibilité juridique de sûretés personnelles dans les autres cas ; mais, cela ne nous paraît pas renforcer véritablement le crédit.

Pour pousser la chose à l'extrême, l'on ne verrait pas bien un créancier hypothécaire demander une caution pour la même créance.

Or, il n'y a pas là de paradoxe, à partir du moment, en effet, où le gage cesse d'être général pour devenir spécial, il y a seulement des différences de puissance et de sécurité dans les divers gages, mais non une différence de nature. Et nous nous trouvons alors devant une échelle de droits qui va du droit du créancier chirographaire à gage individualisé, jusqu'au droit du créancier hypothécaire privilégié.

Le droit des créanciers, munis de sûretés réelles, est, au fond, le même que le droit du créancier chirographaire à gage spécialisé, par exemple. Ce n'est pas parce que nous sommes en présence d'un droit réel du second degré que le droit même du créancier change. Le droit existe seulement parce qu'il est fondé sur un droit de créance. Il semblerait alors que l'on puisse dire que la sûreté réelle est principalement une reconnaissance effective et personnelle plus pous-

sée que tout autre des droits du créancier, elle complète les droits de celui-ci. Alors que le créancier chirographaire à gage individualisé ou spécialisé n'a que des droits restreints et sporadiques, par rapport à la chose qui lui sert de gage, qu'en somme il est obligé pour atteindre la totalité de cette chose de passer par la personne du débiteur (et ne rejoignons-nous pas là, la définition même du droit de créance ?), le créancier muni de sûretés réelles aura des droits complets et absolus sur cette chose, sans avoir à se préoccuper de l'intermédiaire du débiteur. Il nous semble montrer clairement ainsi l'ordre dans lequel s'opère le renforcement des droits du créancier. Et cela nous dicte l'influence que peut avoir ce droit par rapport au crédit.

Nous montrerons, en effet, que, d'une part, c'est un élément de stabilisation dans le patrimoine du débiteur, et que, d'autre part, c'est le moyen le plus courant pour accroître la confiance d'un créancier.

Donc, d'une part, affaiblissement du crédit général d'une personne, d'autre part, augmentation de son crédit particulier vis-à-vis d'un créancier.

Nous étudierons donc, dans cet esprit, l'influence sur le crédit d'abord des sûretés personnelles puis des sûretés réelles, essayant en particulier de faire ressortir, ce qui, dans la législation civile actuelle, correspond à une réelle notion du crédit.

CHAPITRE PREMIER

LES SURETES PERSONNELLES ET LE CREDIT

En général les sûretés ont pour effet (et nous reviendrons plus longuement sur cette idée) d'augmenter le crédit personnel d'un débiteur par rapport à un créancier spécial de ce débiteur. Mais, à l'inverse, étant donnée l'affectation spéciale d'une partie du patrimoine du débiteur, les sûretés affaiblissent considérablement le crédit général d'une personne. Plus, en effet, un créancier particulier est favorisé, plus les autres créanciers ou les créanciers futurs sembleront défavorisés. Or, si nous analysons l'utilité des sûretés, nous trouvons, d'une part, la protection contre le danger des aliénations que peut faire le débiteur. Ces aliénations diminuant le patrimoine, diminuent le gage des créanciers qui se protégeront soit par le dessaisissement, soit par l'hypothèque. D'autre part, et c'est le point qui nous intéresse actuellement, les sûretés peuvent avoir pour but d'éviter le concours des autres créanciers. Certes, dans ce cas, comme dans le précédent, le créancier peut demander une sûreté réelle ; mais c'est alors que le crédit général du débiteur se trouvera fortement atteint. Au contraire, le créancier qui veut éviter le concours, peut demander une caution, une sûreté personnelle. Celle-ci paraît être la sûreté idéale puisque, d'une part, elle donne au créancier méfiant un gage double puisqu'un deuxième patrimoine vient s'adjoindre au premier, et que, d'autre part, elle ne diminue pas le gage des autres créanciers.

Cependant, les sûretés personnelles ne jouent pas le rôle que l'on pourrait attendre dans le droit du crédit. Elles arrivent bien au résultat d'augmenter les chances de paiement, mais elles ne modifient pas les droits mêmes du créancier. Celui-ci reste toujours créancier chirographaire.

Pour que cette sûreté joue pleinement, il faut que les éléments du groupe social se sentent étroitement unis (dans les pays primitifs) ou que le cautionnement soit fourni par une personne dont le crédit repose sur une confiance générale. Cette dernière considération explique l'importance du cautionnement dans le crédit commercial.

Mais, dans une société où les relations personnelles entre créancier et caution sont fréquentes, la sûreté personnelle manifeste une insuffisance très nette, c'est pourquoi à l'époque actuelle l'on trouve beaucoup moins de types de sûretés personnelles qu'à l'époque romaine par exemple. On sait l'importance des procédés autant dans la procédure qu'en droit civil. Les sûretés se réduisent à un type principal et deux accessoires : le cautionnement dont nous verrons la faible importance à cause des difficultés qu'il soulève, la solidarité qui au fond peut s'analyser comme un cautionnement mutuel, et l'indivisibilité qui complète heureusement les effets de la solidarité.

Section I.
Le cautionnement et le crédit.

Nous n'exposerons pas la technique du cautionnement qui est connue et indiscutée; mais nous serons tenus de rechercher pourquoi le cautionnement ne joue pas un rôle important dans le crédit civil, pourquoi il semble être considéré comme la sûreté des pauvres.

D'une part, le fait que la caution possède vis-à-vis du créancier les bénéfices de discussion et de division, dimi-

nuent sensiblement l'effet du cautionnement. Par ailleurs le fait que le créancier n'est pas créancier chirographaire à gage spécialisé de la caution, mais à gage indéterminé explique la méfiance du créancier pour cette sûreté. Celle-ci se trouve renforcée par la solidarité dans le cautionnement. Ce qui nous amène à envisager en trois paragraphes les trois points dont nous venons de faire état.

§ 1er. *Les bénéfices accordés à la caution sur le crédit.*

Ces bénéfices sont au nombre de deux comme on le sait : bénéfice de discussion, bénéfice de division. Ces deux bénéfices diminuent la portée du cautionnement du fait que le créancier peut être obligé soit de suspendre les poursuites, soit de partager les poursuites entre plusieurs cautions. Le Code a beau spécifier que la discussion ne peut porter que sur des biens faciles à saisir et que, d'autre part, seules les cautions solvables peuvent être indiquées, néanmoins nous voyons sans difficultés que le créancier risque toujours de subir des retards dans l'exécution de la créance et que ces fins de non recevoir que la caution peut lui opposer si elles sont évidemment justifiées pour la caution ne le sont pas par rapport au droit du crédit. Or il ne faut pas oublier que la caution n'est pas un débiteur ordinaire, mais au contraire qu'on doit seulement la considérer comme une sûreté et un moyen de crédit. Il semble que le législateur ait sacrifié l'efficacité de la caution à son désir de faciliter le cautionnement.

Nous touchons d'ailleurs ici à l'une des faiblesses des garanties personnelles, en ce que se heurtent deux tendances également justes ; d'une part, pour qu'un moyen de crédit soit efficace, il doit permettre au créancier une exécution facile et rapide, sans quoi le créancier n'acceptera

pas facilement cette sûreté qui, dès lors ne facilitera pas le crédit ; mais, d'autre part, la caution est une personne et, en tant que sujet de droit, doit être protégée et ne peut être soumise à l'arbitraire du créancier. Il y a engagement en effet de toute la personne, ce qui est infiniment plus grave que l'engagement d'un bien. Donc juridiquement et humainement des bénéfices, comme ceux de discussion ou de division, sont justifiés puisqu'ils établissent d'une façon stricte les rapports entre deux personnes. Mais, comme nous l'avons constaté, ces bénéfices amoindrissent l'efficacité de ce moyen de crédit. On pourrait dire à la vérité, que le cautionnement engageant la personne, engage tout un patrimoine, et, par conséquent, semble être une sûreté beaucoup plus générale qu'une sûreté réelle ; mais nous touchons ici à la deuxième faiblesse du cautionnement.

§ 2. *Le créancier de la caution est un créancier à gage indéterminé.*

Que la caution s'engage pour la totalité de la somme due par le débiteur ou pour une somme inférieure déterminée par lui, il n'en reste pas moins vrai que le créancier n'a de droits que sur l'ensemble du patrimoine de la caution. Aucun bien particulier ne lui étant spécialement affecté. L'on dit bien qu'il a, vis-à-vis de la caution, tous les droits qu'il a vis-à-vis de son débiteur, mais nous venons de voir que ces droits sont restreints par les bénéfices, si bien que le créancier hésitera fréquemment à poursuivre en premier la caution, celle-ci n'est bien qu'un débiteur accessoire et, à ce titre, mieux traitée que le débiteur ordinaire.

Le créancier aura donc tous les inconvénients du créancier chirographaire à gage indéterminé, sans même avoir

tous les avantages, il hésitera donc à accepter ce moyen pour renforcer ses droits, ce qui est renforcé ici par ce moyen, c'est l'étendue des patrimoines sur lesquels il peut agir, mais non pas ses droits; or, il importe essentiellement dans le crédit que le champ d'action du créancier soit aussi large que possible; mais plus encore que les droits du créancier sur ces objets soient bien déterminés et limités d'une façon exacte. C'est de l'étendue de ces droits, en effet, que résulte la plus ou moins grande efficacité d'une sûreté.

§ 3. *Le cautionnement solidaire.*

Pour éviter autant que possible les inconvénients que nous avons indiqués, le Code civil a institué l'article 2021 sur le cautionnement solidaire. L'on s'était aperçu, en effet, dans l'ancien droit que, à force de relâcher les liens de la caution, on lui faisait perdre toute son efficacité, et l'on détruisait le crédit des emprunteurs. C'est pourquoi le cautionnement solidaire fut créé et, dans la pratique, il est beaucoup plus employé que le cautionnement pur et simple. Cette solidarité empêche la division de la dette, par conséquent la caution renonce à son double privilège de discussion et de division. De cette façon, le débiteur et sa caution se trouvent placés absolument sur le même pied et le créancier, s'il reste toujours créancier, à gage indéterminé, possède au moins tous les avantages du créancier chirographaire sur un patrimoine plus étendu.

Mais cette clause particulière n'empêche pas les inconvénients généraux que nous avons indiqués. En droit commercial, le cautionnement joue un rôle beaucoup plus important, parce que le droit commercial a su modifier et assouplir le cautionnement selon les exigences de rapidité et de sécurité du commerce.

Section II.

La solidarité passive et le crédit.

Nous retrouvons les mêmes inconvénients dans la solidarité passive que dans le cautionnement. Il y avait une très faible différence entre la forme la plus sévère du cautionnement et la solidarité passive. Cette différence réside dans le seul fait que les rapports des codébiteurs ne sont pas les mêmes que ceux de la caution solidaire et du débiteur : c'est pourquoi nous avons réservé l'étude du renforcement du droit du crédit par la solidarité passive. Nous verrons donc, d'une part, les effets de la solidarité sur le crédit et, d'autre part, les faiblesses de ce moyen de crédit.

Quelle est l'utilité de la solidarité passive pour le crédit ? — Nous entendons par là, la solidarité établie par les particuliers, car celle établie par la loi n'a jamais en vue le crédit. La solidarité est assez fréquente dans la pratique, car elle renforce effectivement le droit du crédit, une même chose étant due par plusieurs distinctement. L'on saisit de suite l'intérêt de ce lien multiplié ; car, d'une part, chaque débiteur est tenu pour le tout, d'autre part, chaque débiteur est tenu à une chose précise. La solidarité passive correspond infiniment mieux à nos besoins juridiques actuels que le cautionnement. L'une des grandes tendances du droit actuel est l'anonymat des personnes (une des formes de l'objectivité du droit) ; or, le cautionnement, nous l'avons vu, n'a d'autre valeur que celle de la caution, les pouvoirs laissés à celle-ci lui permettent, en effet, d'anéantir presque l'efficacité du cautionnement. Au contraire, la solidarité nous donne précisément les traits les plus accomplis des sûretés personnelles, d'une part, les codébiteurs sont indépendants les uns des autres du fait de la séparation entre leurs obligations, d'autre part,

l'obligation solidaire est divisible. Le créancier pourra donc intenter une action pour la totalité contre l'un d'eux; mais les codébiteurs ne pourront jamais lui opposer l'exception de chose jugée jusqu'au moment du parfait paiement. En outre, le créancier a la liberté de choix absolu pour poursuivre l'un des codébiteurs.

Par ces effets, l'on voit que les codébiteurs sont indépendants et que le créancier reste maître de la situation. Ceci montre bien que la personnalité des codébiteurs joue un beaucoup moins grand rôle que la personnalité de la caution. Plus encore si l'on considère que les codébiteurs étant tenus d'un objet précis, le créancier se trouvera, la plupart du temps être un créancier chirographaire à gage individualisé, sauf s'il s'agit de sommes d'argent; mais, à côté de cette première série d'effets, nous trouvons encore une série de prescriptions qui, provenant de la solidarité existante, renforcent encore les pouvoirs du créancier.

Ces prescriptions résumées dans les articles 1205, 1206 et 1207 du Code civil ont été renforcées par la jurisprudence, ainsi que le montre un arrêt de la Cour de cassation[1]. Cet arrêt décide qu'un jugement obtenu par le créancier contre l'un des codébiteurs, est opposable à tous.

Mais la jurisprudence, poursuivant cette voie de la solidarité, à la fin du XIX^e siècle, arrivait à diminuer la puissance de crédit de la solidarité passive en décidant qu'un jugement obtenu par un des codébiteurs profitait à tous[2]. Elle se décidait ainsi contre la solution normale, que nous avons indiquée plus haut et provenant de l'indépendance mutuelle des codébiteurs; c'est pourquoi il semble que le recul d'une jurisprudence récente dans cet ordre

1. Cassation, 1^er décembre 1885, S. 86.1.55.
2. Cassation, 10 novembre 1890, S. 91.1.241 et 23 juillet 1889, D. 91.1.342.

d'idées vienne rétablir l'état de choses voulu par la loi, et la possibilité pour le créancier de s'adresser à l'un des codébiteurs sans que les autres aient à intervenir au nom d'un intérêt personnel[1].

Cette sûreté apparaît donc pour toutes ces raisons être la plus efficace des sûretés personnelles et l'on pourrait presque dire qu'elle l'est parce que c'est ici que joue le moins la personnalité de la sûreté. Toutefois, il est impossible de l'éviter complètement, c'est pourquoi la loi présentera des limitations à la sécurité du créancier dans l'article 1208 : les codébiteurs solidaires auront à leur disposition des exceptions pour se défendre, exceptions qui seront connues, personnelles ou mixtes et, ce qui est plus important, c'est que certaines des exceptions personnelles auront un effet au profit des autres débiteurs venant diminuer la dette de ceux-ci d'une quote-part. C'est là le principal inconvénient de la solidarité passive, mais il est évidemment très faible à côté de ceux que nous avons relevés dans le cautionnement pur et simple.

Nous trouvons, en effet, cette distinction considérable qui explique tout, d'une part le créancier se trouve seulement devant un patrimoine agrandi comme nous l'avons dit, d'autre part, au contraire il possède autant de créances, chacune munie de leur appareil juridique de codébiteurs.

Section III.
L'indivisibilité et le crédit.

Nous envisagerons ici seulement, comme dans la section précédente l'indivisibilité conventionnelle, toute autre indivisibilité n'étant pas du ressort de la volonté humaine ne peut pas être considérée comme un moyen de crédit.

1. Cassation, 28 juin 1928, D. 30.1.153 et trib. Lille, 29 avril 1931, D. H. 31.311.

L'indivisibilité conventionnelle consiste, on le sait, dans le fait que les parties ont décidé d'exécuter l'obligation, comme si elle était indivisible. Mais l'on voit alors que cette convention n'est pas elle-même un moyen de crédit, elle suppose déjà l'existence de plusieurs débiteurs et elle ne trouvera son application normale que dans un renforcement de la solidarité passive. Il importera, en effet, assez peu au créancier de pouvoir exiger d'un débiteur la totalité d'une obligation, si les autres débiteurs n'y sont pas aussi solidairement tenus. En effet, l'indivisibilité seule permet au débiteur attaqué de répondre par une exception dilatoire pour faire mettre en cause ses codébiteurs, nous revenons donc ici aux inconvénients constatés dans le cautionnement. Au contraire, si l'indivisibilité vient se greffer sur une solidarité passive, elle complète les effets de celle-ci d'une manière efficace. En effet, les codébiteurs d'une dette indivisible ne se représentent pas entre eux, et par conséquent, les effets secondaires de la solidarité, que nous avons constatés sont supprimés, l'on franchit ainsi un stade de plus dans la séparation des codébiteurs les uns d'avec les autres et, par conséquent, l'on complète les pouvoirs du créancier.

L'on comprend donc l'importance de l'indivisibilité pour renforcer le crédit, comme moyen secondaire qui donne tout son sens à la formule fréquemment employée de débiteurs tenus solidairement et indivisiblement.

Section IV.

Conclusion sur les sûretés personnelles.

Nous avons envisagé ici quelques règles techniques qui peuvent influencer le droit de crédit, nous avons vu égale-

ment en quoi les sûretés personnelles pouvaient le favoriser ou non, et nous avons dégagé dans cette étude une notion de crédit qui repose sur des bases différentes de celles du crédit, réel à savoir : le lien de personne à personne et la mutualité.

Dans le renouveau de l'esprit associationniste et dans le désir d'une responsabilité collective, l'on peut trouver une cause de l'emploi plus fréquent peut-être à notre époque des sûretés personnelles. Il est intéressant de remarquer que la conception du crédit reposant sur des sûretés personnelles se rapproche de celle que nous trouverons en droit commercial. C'est, en effet, du côté des débiteurs tout au moins non pas sur la richesse ou sur la confiance provoquée chez le créancier que reposera le crédit; mais précisément sur la confiance existant chez d'autres personnes acceptant de s'engager solidairement avec le débiteur et nous trouvons bien le même principe en droit commercial lorsque le commerçant s'engage en quelque sorte avec les autres porteurs d'une lettre de change. Et dans le même ordre d'idées, la multiplication des chambres syndicales, dont le but est précisément d'assurer le crédit de chacun des membres par sa solidarité avec tous les autres.

Nous trouvons donc ici un véritable courant d'idées en faveur du crédit personnel dont la notion se trouve ainsi avoir des bases assez précises. Cette notion nous donne un premier élément de la notion de crédit en général.

CHAPITRE II

LE CREDIT REEL

Introduction.

Nous allons constater ici que le crédit change d'aspect, il n'est plus question, en effet, de la valeur d'une personne en tant que personne, mais seulement en tant que détentrice de certains biens individualisés qui lui permettront de renforcer la confiance chez le créancier.

Nous avons déjà noté, sous l'aspect économique de la notion de crédit, que ce qui importe c'est l'attraction des capitaux; mais cette attraction dans le crédit personnel ne peut avoir normalement d'autre origine que l'activité du débiteur et d'autre but que la justification de ces capitaux par cette activité. Au contraire, le crédit réel se trouve sur un autre plan. S'il s'agit toujours pour le créancier de faire fructifier ses capitaux, l'activité du débiteur n'est, au contraire, plus envisagée et le créancier ne trouvera sa sécurité que dans les biens possédés par le débiteur.

Ce sont, en outre, les biens actuels de celui-ci qui sont pris en considération par le créancier, alors que, dans l'autre cas, c'était seulement les biens futurs; mais étant donné que ce sont ces biens actuels qui sont visés, il faudra les immobiliser de telle façon que le débiteur ne puisse porter atteinte à l'espérance de son créancier. C'est là tout le but du droit du crédit réel. Celui-ci correspond à une notion

juridique objective, puisque ce sera seulement un crédit consenti à des éléments de richesse et non à une personne. Nous avons ainsi l'ébauche d'une physionomie nouvelle du crédit, qui viendra compléter la notion que nous en avons donnée. Cette physionomie sera précisée et développée en conclusion de ce chapitre. Au cours de celui-ci nous suivrons la forme déjà adoptée en considérant la technique du crédit réel, puis en essayant d'en extraire la substance.

Dans la technique juridique nous passerons rapidement en revue la notion des sûretés réelles et son influence générale sur le droit du crédit, puis nous envisagerons les droits réels de garantie mobiliers, ensuite les droits de garantie immobiliers, enfin les privilèges. Tout ceci, toujours considéré seulement sous l'angle de l'aide effectivement apportée au crédit.

Section I.

Notion de sûretés réelles.

On appelle sûreté réelle la constitution au profit d'un créancier d'un droit réel de garantie ou de droits assimilés au droit réel de garantie[1].

Si nous analysons au fond la notion de sûreté réelle, nous pouvons distinguer deux éléments principaux : tout d'abord le fait que la sûreté réelle est un droit réel, puis le fait que ce droit réel a pour but d'immobiliser partiellement une partie du patrimoine du débiteur. Nous allons développer ces deux idées sans nous attacher à la discussion de la nature même du droit réel.

1. Bonnecase, *Précis*, t. II, n° 596.

§ 1. *La sûreté réelle est un droit réel.*

La sûreté réelle, en effet, donne un droit immédiat et exclusif à une personne sur la chose d'une autre. Ce droit est exclusif jusqu'à concurrence de l'obligation en vue de laquelle il est créé, un créancier ne peut conserver son droit sur la chose qui lui est attribuée que dans la mesure de sa créance. C'est un droit immédiat, en ce qu'il passe en premier et avant tous les droits qui peuvent peser sur cette chose. Il ne faut pas entendre par immédiat l'absence de moyens, car le créancier est tenu d'employer certains moyens pour exécuter sur cette chose. Nous sommes donc bien en présence d'un droit réel, mais c'est un droit réel particulier, puisqu'il n'englobe pas totalement les utilités de la chose, mais seulement certaines de ces utilités qui sont retirées du droit réel primitif. Il y a, en effet, comme on le sait, des droits réels fondamentaux, comme le droit de propriété et d'autres qui viennent se greffer sur lui pour donner au créancier, certains attributs démembrés du droit réel primitif. Ces notions étant rappelées, il convient de faire remarquer que les sûretés réelles sont essentiellement favorables au crédit. Etant donné, en effet, que le débiteur n'est plus tenu sur tout son patrimoine, mais qu'il l'est plus rigoureusement sur certains biens, il se trouve plus dégagé et plus tenu à la fois, car ce droit qui pèse sur lui rend le créancier ayant cause à titre particulier avec gage spécialisé.

Le créancier, d'autre part, se trouve muni d'une sûreté beaucoup plus efficace du fait du droit de suite et du droit de préférence qu'il peut utiliser. Il semblerait donc que la sûreté réelle possède ce double avantage de ne pas affaiblir le crédit d'un individu comme les sûretés personnelles et, d'autre part, augmente vis-à-vis d'un créancier ses possibilités de crédit.

En outre, ce droit réel se trouve arrêter dans leur évolution certains éléments du patrimoine du débiteur dans leur individualité propre, par conséquent la sûreté réelle correspond bien à l'idée d'une appropriation de richesses, appropriation qui se fait indirectement soit que ce droit donne la possibilité de vendre comme l'hypothèque, soit non comme l'antichrèse.

Par cet effet de la sûreté réelle nous pouvons voir quelle sera son utilité fondamentale dans le crédit; il n'y a plus besoin pour le créancier d'utiliser tous les moyens que la loi donne au créancier chirographaire, parce qu'il a un droit plus restreint comme objet, mais plus étendu comme puissance. A lui d'en apprécier la valeur.

Chaque élément du patrimoine du débiteur sera susceptible de donner lieu à un droit réel de garantie, c'est ainsi que nous pouvons considérer les droits de garantie mobiliers et les droits de garantie immobiliers, toujours sous l'angle de leur utilité au point de vue du droit du crédit, puis il nous faudra voir si les privilèges favorisent ou non le crédit, enfin nous nous apercevrons à l'issue de cette étude que, du fait des sûretés, la notion juridique du créancier change de nature.

2° La sûreté réelle a pour but d'immobiliser partiellement une partie du patrimoine du débiteur. Cette immobilisation résulte des droits que le créancier reçoit du fait de la sûreté, mais il est important de noter que c'est précisément ce caractère d'immobilisation qui fait jouer au créancier un nouveau rôle juridique. La sûreté arrête, en effet, objectivement les facultés de disposition du débiteur. Le bien donné en sûreté se trouve soumis à des droits valables *erga omnes*, et qui de ce fait, sans autres modifications dans la position juridique du créancier, donnent à celui-ci une position plus solide par rapport aux tiers. Le fait de la sûreté fait donc changer la position du créancier essentiel-

lement vis à-vis des tiers. Vis-à-vis du débiteur le créancier ne conserve qu'un droit : celui de se faire payer et ce droit n'est pas renforcé par la sûreté vis-à-vis du débiteur parce que ou bien le débiteur sera solvable au moment du paiement et le créancier même sans sûreté pourrait se faire payer, ou bien il sera insolvable et la sûreté si elle n'immobilisait pas cette portion du patrimoine serait inefficace. Mais l'immobilisation d'un élément du patrimoine n'a d'intérêt que si l'on considère cet élément dans ses rapports avec des tiers. Ce sont eux, en effet, qui pourraient rendre le débiteur complètement insolvable s'ils conservaient la possibilité normale d'avoir des droits sur cet élément du patrimoine. Nous en arrivons donc à l'idée que la sûreté réelle brise les rapports juridiques possibles entre le débiteur et les tiers au sujet d'un des éléments de son patrimoine. Cet élément mis à part reçoit un statut juridique particulier.

Une question importante se pose alors, car le droit de la sûreté transforme le droit de propriété du débiteur dans un de ses éléments les plus essentiels, et semble passer avant même le statut juridique commun du patrimoine.

Il y aurait là une sorte de création d'un patrimoine particulier dont la caractéristique essentielle serait de n'admettre de rapports juridiques qu'avec des personnes déterminées.

Ces personnes étant déterminées par le rapport juridique obligatoire antérieur avec le maître du patrimoine.

Il est évident, en effet, que l'on peut à peine parler d'une mise à part de ces biens à l'intérieur du patrimoine, alors qu'une qualité aussi essentielle que l'égalité des créanciers sur la distribution du patrimoine a disparu. C'est, en effet, là que conduit fatalement l'idée que ce bien donné en sûreté est exclu des rapports avec les tiers. En outre, à partir du moment de l'affectation, l'on ne peut plus dire que le patrimoine s'identifie dans tous ses élé-

ments avec la personne; mais certains de ses éléments constitutifs en sont détachés, et ceci paraît plus clair encore si l'on pense que les obligations futures de la personne peuvent ne jamais grever ces biens donnés en sûretés. Or, l'on sait que les obligations de la personne grèvent son patrimoine considéré dans ses éléments présents et futurs. Ces biens donnés en sûretés sont donc situés hors du patrimoine à proprement parler et constituent eux-mêmes un ensemble de biens possédant toutes les qualités d'un patrimoine au sens objectif, c'est-à-dire d'un ensemble de biens déterminés, arrêtés dans leur évolution (de même que le patrimoine, au point de vue objectif, peut être arrêté par la mort ou la faillite) et ayant reçu une affectation spéciale. Mais alors ceci soulèverait une question que nous ne pouvons traiter ici : chaque élément du patrimoine n'a-t-il pas les qualités nécessaires pour devenir lui-même un patrimoine ?

3° Nous ne classerons, parmi les sûretés que nous étudierons, que celles capables de développer le crédit; or, il est un fait remarquable, à savoir : qu'un grand nombre de sûretés sont prévues par la loi tout à fait en dehors des considérations du crédit. Or, les sûretés capables de développer le crédit sont essentiellement les sûretés qui peuvent être réclamées volontairement et accordées par le débiteur en fonction de ses ressources. Sitôt que la volonté cesse de jouer, en effet, dans le système des sûretés, nous avons une simple volonté de la loi de remplacer les droits d'un créancier sans que celui-ci y puisse rien et sans que cela l'incite fréquemment à conclure un contrat puisqu'il n'est tenu aucun compte des facultés du débiteur.

En quelque sorte, nous pourrions distinguer, d'une part, les sûretés volontaires, conclues *in concreto*, et qui peuvent favoriser le crédit et les sûretés légales, *in abstracto*, qui ne peuvent pas, au contraire, favoriser ce développement.

Nous pouvons faire rentrer, dans cette dernière catégorie, les hypothèques légales ou judiciaires. Rappelons, à ce sujet, ce qui avait été dit de Justinien accordant à la femme mariée, une hypothèque légale rétroactive, que après avoir ruiné par ce moyen le crédit des hommes mariés, il avait encore ruiné celui des hommes qui ne l'étaient pas encore.

D'autre part, nous y ferons rentrer, mais pour d'autres raisons, le droit de rétention. Nous avons vu que, pour nous, ce droit de rétention est un droit appartenant au créancier chirographaire, il répond bien si l'on veut à la notion de droit réel, puisqu'il s'agit d'un droit portant directement sur une chose. Ce droit en outre crée bien un rapport direct entre le rétenteur et la chose retenue; mais il est produit par la volonté de la loi; certes il pourrait alors entrer dans la catégorie des privilèges, mais il n'en est pas ainsi selon nous, car au lieu d'appartenir à un créancier bien déterminé du fait de sa créance comme le privilège, ce droit appartient au contraire à tout créancier chirographaire qui se trouve dans une situation déterminée. Pour que la loi joue alors il n'est pas besoin d'un rapport juridique particulier, mais seulement de faits prévus par la loi et basés sur un simple rapport obligatoire. Ces faits ont pour résultat de transformer l'ayant cause à gage général en un créancier à gage spécialisé, si donc le droit de rétention peut jouer dans l'organisation du crédit au profit du créancier chirographaire, il n'est pas un moyen, mis à la disposition des parties, pour assurer le paiement de la créance dès son origine (par conséquent il n'est pas une sûreté pouvant déterminer à la conclusion d'un prêt), ni pour offrir au créancier une sûreté particulièrement constituée par le débiteur. Il reste donc, en dehors de nos préoccupations sur les sûretés réelles.

CHAPITRE III

LES SURETES REELLES MOBILIERES

Section I.
La notion de gage.

La question fondamentale que soulève la notion de gage est celle de savoir si le gage est un privilège ou non. Il ne faut envisager, dans cet ordre d'idées, que le droit de gage et non pas le contrat du gage. Le Code civil a qualifié le droit de gage de privilège — article 2073 — mais nous devons voir si la nature du gage correspond à la notion de privilège. En général, on admet que le gage est d'une nature différente et qu'il est simplement un droit réel que l'on traite toujours à part. Mais si l'on pense à ce que nous avons dit plus haut sur les sûretés réelles qui ont pour but de mettre à part un certain élément du patrimoine avec une affectation spéciale et que cette affectation prend son origine dans un rapport obligatoire préexistant, l'on peut se demander s'il ne serait pas possible de rattacher plus étroitement ce lien obligatoire et le droit résultant de la sûreté réelle pour faire de ce droit une qualité de la créance. Ainsi l'on trouverait une sorte d'union entre cette incontestable qualité de droit réel que possède le gage et le fait que ce droit réel entraîne une situation privilégiée de la créance elle-même. D'autre part, cela nous met en accord avec l'idée que le Code civil a considéré le gage comme un privilège.

L'argument de texte ne doit pas être considéré comme sacré, mais puisque nous obéissons à des institutions régies par des lois incontestables, il est normal de se référer aux textes mêmes de ces lois pour retrouver la pensée directrice de ces institutions.

Nous constatons donc que le fait saillant est la mise à part d'un élément du patrimoine du débiteur; c'est parce que cet élément prend un régime juridique spécial que le créancier se trouve avoir un droit de préférence greffé sur un droit réel. Remarquons bien que nous ne présumons pas ici de la notion de privilège, mais nous ne disons pas d'avance et sans discussion que le privilège est une simple propriété d'un droit[1].

Nous affirmons seulement l'incontestable qualité de privilégié qui appartient au créancier gagiste. C'est à peine si nous pouvons dire que nous sommes en présence d'une faveur spéciale accordée à ce droit de garantie ; en d'autres termes, c'est à peine si nous pouvons dire que le droit réel a reçu un privilège. En effet, nous supposerions par là même que ce même droit réel pourrait ne pas être privilégié. Lorsque la loi a énuméré les privilèges greffés sur un droit de créance, il était aisé de supposer ce droit de créance existant sans le privilège. Au contraire, il nous est impossible (en admettant que le droit de gage actuel soit un droit réel privilégié) de concevoir ce droit réel sans le privilège. Une hypothèque existe par elle-même mais elle peut recevoir cette faveur spéciale du privilège, alors que le gage ne se conçoit pas sans le privilège.

Nous serions donc en présence d'un droit réel tellement uni à un privilège qu'ils sont confondus et qu'on ne peut les distinguer. Dans leur nature même, l'on ne peut dire qu'ils soient identiques puisque l'on sait que par ailleurs beaucoup

1. Bonnecase, t. II, p. 629.

de séparations éloignent le privilège du droit réel, mais dans notre cas particulier il semble impossible de séparer l'un de l'autre. Nous ne sommes pas en présence d'un droit réel et d'un privilège, mais d'un droit d'une nature particulière qui peut être considéré comme un droit réel et aussi comme un privilège. Cette double qualité s'explique si l'on considère que le gage est précisément un droit réel de garantie qui pousse à l'extrême cette séparation que nous avons indiquée du patrimoine du débiteur en deux masses : la masse générale qui reste à la disposition du débiteur et la masse particulière mise à la disposition du créancier. Le développement absolu de cette idée trouve son expression dans le gage par le fait de la dépossession du débiteur; le créancier de ce fait se trouve avoir un droit absolu sur l'objet qui lui est remis en gage avec pour contrepartie la conservation et la responsabilité de la chose. Le créancier, bien que n'ayant que la détention du gage, possède cependant les droits essentiels qui font de ce gage un droit réel, il a en effet le droit de suite sauf application, lorsqu'il s'agit de meubles, de la règle « en fait de meubles possession vaut titre » au cas où il aurait été dépossédé. Il possède également le droit de rétention tel que nous l'avons analysé plus haut, il possède enfin le droit de préférence et c'est ici que la notion de privilège va jouer. Nous sommes donc en présence d'une sorte de succession dans le temps, de deux natures juridiques pour un seul droit suivant les degrés de réalisation de ce droit. Tant que le gage est seulement le droit portant sur une chose du débiteur mise à part il s'agit exclusivement d'un droit réel, ici, il n'y a pas besoin d'un privilège, car seul le créancier gagiste possède un droit sur cette chose (du fait de la dépossession et de l'affectation régulière). Personne ne peut entrer en concurrence avec lui. Ce droit réel lui donne le droit de retenir l'objet jusqu'au paiement et de peser ainsi sur la volonté

du débiteur, puisque pour se faire payer, ce droit réel lui donne droit de vendre l'objet sous certaines modalités, mais la chose appartenant au débiteur, le prix, c'est-à-dire la valeur de réalisation ne peut plus être soumis au droit réel de gage, car il n'y a pas de gage possible sur une somme d'argent : on se trouverait alors devant un cautionnement réel qui diffère du nantissement véritable et obéit à des règles différentes de celles du cautionnement personnel. Il est en effet tout réalisé d'avance et peut être retenu par compensation, avantages importants, lorsqu'on connaît les difficultés de réalisation du gage. D'autre part, le créancier nanti n'est jamais dans ce cas possesseur d'une chose d'autrui, mais seulement débiteur d'une somme d'argent, il en résulte en particulier pour lui, l'impossibilité de commettre un abus de confiance.

Nous nous trouvons en effet à ce moment à une période d'exécution du contrat. La somme d'argent provenant de la réalisation du gage rentre dans le patrimoine du débiteur, et c'est à ce moment que le créancier gagiste aura un privilège sur cette somme d'argent. Lors de la vente du gage le créancier deviendrait un simple créancier chirographaire ayant droit seulement sur la somme correspondant à sa créance et en concours avec tous les autres créanciers. Or, nous constatons qu'à ce moment il possède le droit de s'attribuer le montant de la valeur du gage par préférence à tous les autres créanciers, donc il possédait un privilège sur la somme provenant de la réalisation du gage, privilège qui trouve son expression à ce moment seulement. L'on ne peut pas expliquer autrement que par un privilège la possibilité pour le créancier de se payer directement ainsi. Le droit réel de gage s'il était complet et si le droit de vente dépendait de lui, donnerait *a fortiori* le droit de s'attribuer l'objet et tout ce que comporte le *jus in re* . Or, nous savons qu'il n'en est rien, nous avons vu en quoi consiste le

droit réel de gage, et nous savons qu'il a pour fin et pour seule utilité la vente de l'objet, mais puisqu'il s'arrête ici il n'a pas de continuation sur le prix qui ne se trouve individualisé que par le fait du privilège attaché à la créance du gagiste, or ce privilège est une création de la loi puisque l'article 2102 par exemple pose comme privilège le privilège du bailleur d'immeuble qui repose sur l'idée de gage, puis le gage en général. En outre, la loi fait concourir le privilège avec d'autres privilèges mobiliers.

Par cette conception du gage droit réel et privilège, non pas en même temps, mais successivement, nous mettons en accord la réalité des choses et la conception législative sans faire se heurter les principes. D'autre part, en adoptant la théorie du gage privilégié, c'est-à-dire qualité d'un droit, nous n'allons pas dans le sens du développement du crédit réel mobilier. En effet le gage cesserait dès lors de donner au créancier le droit de suite et surtout si le gage n'était qu'un privilège le bien grevé de ce privilège conserverait une liberté considérable vis-à-vis du créancier et l'on ne pourrait plus dire à la vérité que ce bien est mis à part dans le patrimoine du débiteur. Or nous croyons avoir suffisamment montré que c'est là la qualité principale du gage et son efficacité en tant que moyen de crédit.

Sous cet aspect général et unique le gage comporte des modalités assez nombreuses dont nous étudierons les principales en les classant d'après leur objet.

1° Le gage que nous appellerons *stricto sensu* c'est-à-dire portant sur des meubles corporels, et 2° le gage *lato sensu* portant sur des meubles incorporels et accessoirement l'affectation forcée d'une somme d'argent au paiement du créancier, enfin pour terminer le tableau du crédit réel mobilier, nous étudierons les hypothèques mobilières.

Section II.

Le gage stricto sensu.

Ce gage tel qu'il a été prévu par le Code civil est parfaitement connu dans ses éléments principaux. Une étude descriptive de la matière ne semble pas essentielle ici, nous nous bornerons à renvoyer à la thèse de M. Quincarlet[1].

Quant à l'intérêt du gage pour le développement du crédit, c'est une matière qui ne peut être étudiée que dans l'ensemble, et que nous avons déjà effleurée dans le paragraphe précédent. Toutefois et en fonction de ce que nous avons dit précédemment il nous paraît intéressant de mentionner l'idée du gage tacite et les diverses applications que l'on a voulu lui trouver. Si en effet l'étude du gage en lui-même tel qu'on se le représente dans la notion classique est peu attrayante dans l'ordre d'idées du crédit, c'est que le gage précédé d'une convention expresse et obéissant à toutes les formalités est un instrument assez rigide qui ne se prête pas à toutes les nécessités juridiques. Au contraire, dans le cas du gage tacite, nous nous trouvons en présence d'un gage présentant les deux caractéristiques que nous avons mises en lumière : droit réel et privilège (celui-ci étant plus évident ici qu'ailleurs), mais la convention est remplacée par une décision de la loi. Il n'est pas besoin de supposer un contrat de gage tacite, l'on peut dire simplement qu'il s'agit ici d'un gage qui naît immédiatement de la loi comme tout privilège. Ce qui jusqu'à présent a fait hésiter les auteurs à admettre cette création immédiate d'un gage par la loi, c'était la considération que le gage se présentait seulement comme un droit réel avec comme co-

1. *La notion de gage en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937.

rollaire la notion de contrat tacite pour la naissance de ce droit.

La notion générale de gage tacite : « un créancier se trouve en possession de certains meubles appartenant à son débiteur et se voit attribuer par la loi un privilège sur ces meubles[1] ».

Nous avons dit que l'idée de privilège est plus évidente ici parce que comme dans les privilèges connus, la loi attribue ici directement à une créance un statut privilégié. Ce faisant, la loi a tenu compte d'une créance particulière, c'est ainsi que nous voyons le gage que le bailleur d'immeuble possède sur les objets mobiliers qui garnissent les lieux loués (art. 2102) de même le gage de l'aubergiste sur les bagages des voyageurs, le gage du voiturier, de même le gage sur les objets abandonnés par des clients chez des ouvriers ou des industriels et encore le gage reconnu à un propriétaire sur les animaux divagants dans sa propriété. Donc nous sommes en présence d'une série de créances qui donnent la possibilité au créancier, du fait de la loi, de retenir un objet de son débiteur, mais peut-on dire qu'il s'agit d'un véritable gage, c'est-à-dire d'une sûreté réelle ; n'y a-t-il pas là simplement un droit de rétention reconnu au créancier? La question peut être facilement résolue par deux idées, toutes deux en fonction du développement du crédit.

Tout d'abord si le droit de rétention est comme nous l'avons admis un droit général de tont créancier chirographaire, il ne serait pas besoin de mentionner spécialement ce droit dans certains cas. De plus, le créancier chirographaire se trouve muni à ce moment d'un droit qui s'apparente au droit réel sur la chose mais sans aucun privilège sur le prix de cette chose, nous sommes en présence d'un

1. Quincarlet, *op. cit.*, p. 57.

simple moyen de pression, et non pas d'un droit qui permette de réaliser directement l'exécution de la créance.

Nous envisageons ainsi le droit de rétention dans son sens le plus large et par conséquent favorable au crédit pour le créancier chirographaire, mais d'autre part nous lui opposons l'idée de gage en ce qu'il comporte l'existence d'un privilège.

Ayant admis cette idée de privilège dans l'exécution du gage, nous comprendrons sans peine que les droits que nous avons mentionnés plus haut sont incontestablement des droits de gage. Ainsi pour les objets abandonnés chez les industriels après avoir été réparés ou travaillés, la loi reconnaît que l'industriel peut exécuter en faisant vendre ces objets et en se payant sur le prix par préférence à tous les autres créanciers. La chose est sans conteste possible dans ce cas, et dans le cas de l'animal divagant mais peut-on dire que le bailleur, l'hôtelier ou le voiturier possèdent un véritable gage ? En effet, il n'y a pas à la vérité possession par l'un de ces créanciers des objets sur lesquels ils pourront se payer. Il ne semble pas qu'il puisse y avoir le moindre droit réel. On le justifie cependant en disant que ce droit du propriétaire par exemple est bien un droit réel, puisqu'il enlève une partie des droits de disposition à son locataire. L'on se trouve en présence d'une sorte de possession fictive par l'intermédiaire de l'immeuble, possession qui donne au propriétaire le droit de s'opposer à l'enlèvement des meubles[1].

L'on fait remarquer que ce gage ne comportant pas la possession de l'objet par le propriétaire a nécessité certaines précautions pour que le locataire ne puisse pas frauder trop facilement. C'est donc bien reconnaître un droit réel du propriétaire sur les meubles du locataire, ceux-ci ayant

1. Planiol, *Traité*, n° 2402.

dorénavant un statut particulier dans le patrimoine du locataire. C'est pour eux par exemple qu'a été instituée la saisie-gagerie et que le bailleur se voit muni du droit de reprendre ces meubles entre les mains des tiers, pourvu qu'il ait exercé la saisie-revendication dans un délai assez bref. Cette disposition qui vient heurter la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque », suffit à elle seule à montrer à quel point cette partie du patrimoine du locataire est mise à part au profit du bailleur, ce qui est bien, avons-nous vu, la marque d'une sûreté réelle.

Il en est de même pour l'aubergiste et le voiturier, car les biens sur lesquels porte leur droit sont traités de façon toute particulière par la loi et le même raisonnement pourrait valoir pour eux comme pour le bailleur.

Avant de voir en quoi ces droits de gage tacite servent au crédit, il convient d'étudier un cas assez particulier qui se présente sous un aspect double : le cas de dépôts à la Caisse des dépôts et consignations, et l'affectation spéciale de saisie-arrêt.

En cas de saisie-arrêt le débiteur saisi peut obtenir main-levée de la saisie, s'il consigne une somme de garantie pour le créancier. Cette somme est affectée spécialement au paiement de la créance. C'est là un privilège que le créancier possède sur cette somme, et qui se rattache au nantissement des sommes d'argent, mais ce qui paraît plus étonnant comme d'ailleurs dans tous les cas de dépôts à la Caisse des dépôts et consignations, c'est que ce nantissement peut se produire contre la volonté du créancier nanti. Nous rejoignons ici le premier cas, à savoir que tout débiteur peut forcer son créancier à recevoir le paiement, lorsque toutes les conditions du paiement sont réalisées, et peut substituer à la créance le dépôt d'une somme d'argent équivalente, ce qui sera une véritable garantie que le créancier sera obligé d'accepter.

Il en est encore de même au cas où le débiteur voudrait libérer un gage qu'il a donné en remboursant avant terme la somme garantie ; ceci ne vaut que pour certaines variétés de gages : warrants. Dans ce cas le débiteur peut consigner également la somme d'argent à la Caisse des dépôts et consignations. et le droit qu'avait le créancier sur le gage se trouve alors transporté sur cette somme d'argent.

Nous sommes donc en présence dans tous ces cas, de dérogations aux statuts du gage, puisqu'en présence d'une garantie obligatoirement reçue du créancier, et cependant il s'agit bien ici d'un gage puisque nous nous trouvons en présence d'une affectation spéciale d'une part du patrimoine du débiteur au paiement de la créance et que, d'autre part, le débiteur se trouve dessaisi de la possession de l'objet au profit indirect du créancier. Peut-on dire que ce gage particulier vienne favoriser le crédit, car nous sommes en présence d'une garantie obligatoire attribuée par la justice, comme le dit M. Becqué[1]. Or, nous savons que les sûretés obligatoires viennent rarement favoriser le crédit, il semblerait presque au contraire que ce gage soit plutôt dirigé contre le créancier, et qu'il représente une faveur pour le débiteur. Toutefois, l'on peut considérer que le créancier se trouve plus libre d'agir après la consignation de cette somme, et plus complètement garanti que par les droits du créancier saisissant. Objectivement par conséquent, nous avons là un moyen juridique qui remplit bien le rôle d'une sûreté, mais si l'on considère le rôle psychologique des sûretés, nous pouvons être assuré qu'aucun créancier ne tiendra compte de cette possibilité absolument arbitraire de son débiteur.

1. *Sûretés réelles*, p. 180.

Section III.

Le gage « lato sensu ».

Nous entrons ici dans un domaine beaucoup plus vaste que le précédent. Cela provient de l'idée que le crédit peut être fondé sur des valeurs moins matérielles et peut être moins stables que des biens corporels. Il y a donc ici, une conception particulièrement large de la sûreté, conception qui se rapproche presque de l'idée d'une sûreté personnelle. Partant de l'idée que toute chose peut être un élément du crédit si on la donne en gage, l'on a été amené par exemple, à considérer que certains talents ou certaines valeurs presque intellectuelles, comme l'idée de fonds de commerce, étaient susceptibles non pas d'une évaluation en argent, mais de garantir le paiement d'une somme d'argent. Le sens de l'extension du gage dans ces cas, a été de considérer que non seulement les valeurs déjà existantes, mais encore les moyens de créer ces valeurs étaient dignes de favoriser le créancier du détenteur de ces moyens. Il y a ici une conception très fine et très souple du gage, et nous y trouvons l'idée que toute valeur humaine pourrait servir de garantie à une créance. C'est par là que nous voyons cette sorte de gage se rapprocher du crédit personnel. Toutefois il s'en distingue très nettement par le fait que nous sommes ici en présence de qualités ou de droits particuliers qui sont détachés individuellement du patrimoine du débiteur et affectés au paiement de la créance. Nous considérerons sous cet angle et principalement sous l'angle de l'efficacité de ce gage, le gage portant sur des droits intellectuels, le gage portant sur des assurances sur la vie[1].

1. A ceci se rattache l'acte commercial du nantissement sur fonds de commerce, nous sommes ainsi en présence d'une valeur abstraite qui peut être donnée en gage par le débiteur.

Les droits intellectuels. — Parmi les richesses que nous avons citées plus haut, les richesses intellectuelles, œuvres littéraires ou inventions scientifiques donnent lieu à une espèce particulière de gage. Ce sont des sources de richesses et par conséquent des éléments susceptibles de gage, quoi qu'en eux-mêmes ils ne soient pas susceptibles de possession. Ce qui au fond est à proprement parler susceptible de gage, c'est l'exploitation de ces richesses, et nous délimitons ainsi un trait essentiel dans le droit du crédit, c'est que le crédit réel ne peut porter que sur des objets réalisables. Il faut que l'objet puisse être soumis à la possession d'un tiers et qu'il n'y ait pas par conséquent de rapports étroits avec la personne. Le droit d'exploiter une idée quelle qu'elle soit peut être mis au rang d'une propriété et par conséquent cessible et transmissible.

Nous ne sommes donc pas d'accord avec M. Quincarlet, lorsqu'il dit[1] que ce n'est pas « le droit de propriété qui fait l'objet d'un gage... mais son objet, c'est-à-dire l'idée à exploiter envisagée non pas en elle-même dans son individualité, mais au point de vue de sa valeur pécuniaire ».

La possession est aussi nécessaire pour cette sorte de gage que pour tout autre, et la jurisprudence est parfaitement cohérente lorsqu'elle admet que le gage sera ici constitué par la remise des moyens matériels d'exploitation du droit[2].

Mais, la jurisprudence en admettant ceci ne veut pas dire autre chose que le droit de propriété sur ces œuvres peut être transmis et mis en gage par l'intermédiaire des objets matériels qui en sont le signe. Il n'est jamais question ici que de la valeur pécuniaire de l'idée, ce n'est pas l'idée elle-même qui est l'objet d'un droit de propriété, mais

1. *Op. cit.*, p. 149 et 329.
2. Jurisprudence citée dans l'ouvrage de Quincarlet, p. 153.

pourrait-on dire son dynamisme pécuniaire. A la base de toute propriété, au sens juridique du terme, il y a une valeur susceptible d'évaluation pécuniaire. L'idée créatrice en elle-même n'est pas transmissible et ne peut faire l'objet d'un gage, nous ne pouvons donc adopter la distinction faite plus haute entre le droit de propriété d'une part et la valeur pécuniaire de l'idée d'autre part. C'est cette valeur pécuniaire, c'est-à-dire la possibilité d'exploiter une idée, qui est l'objet du droit de propriété, et non pas l'idée elle-même. C'est donc sur cette valeur seule dans le commerce, et c'est par conséquent le droit que l'on a sur cette possibilité, qui peuvent seuls être mis en gage. L'on comprend dès lors le sens de la jurisprudence indiquée plus haut, d'après laquelle la mise en possession *se manifeste par la remise des moyens matériels d'exploitation de l'œuvre.*

Parmi les droits intellectuels qui peuvent être mis en gage avec dessaisissement du débiteur, l'on peut distinguer la propriété industrielle et la propriété littéraire.

1° *La propriété industrielle* : qui porte sur un titre. Celui-ci peut être un brevet d'invention par exemple ou une marque de fabrique.

Le brevet d'invention est un élément patrimonial et la loi de 1920 a déclaré qu'il pouvait être donné en gage. Il y a pour le faire une double formalité, tout d'abord la remise du brevet qui est forcément nécessaire pour réaliser la mise en possession du créancier, et d'autre part une inscription sur un registre spécial des brevets d'invention, tenu à l'Office national de la Propriété industrielle.

Nous avons donc là un mélange entre le gage et l'hypothèque mobilière. En effet, en vertu de la publicité donnée à ce gage, le breveté peut se faire remettre plusieurs expéditions de son brevet et mettre ainsi la même idée en gage plusieurs fois. L'ordre de préférence entre les créanciers

ainsi garantis, se règle suivant la date des inscriptions à l'Office national.

Ce qui paraît très remarquable ici, c'est que la remise du brevet n'effectue pas par conséquent la dépossession absolue du débiteur, et c'est bien ce que nous avons fait ressortir plus haut à savoir que malgré le caractère pécuniaire de cette valeur elle conserve un trop grand attachement à la personnalité du créateur pour que celui-ci puisse en être complètement dépossédé. Nous sommes devant un statut juridique hybride, nécessité par la qualité même de ce droit. Le créancier étant simplement gagiste n'a pas le droit d'exploiter lui-même l'invention, mais il peut seulement veiller à ce que la valeur économique de celle-ci ne soit pas diminuée. La loi de 1920 a fait faire un progrès très net à ces sortes de gages et à l'établissement de leur statut juridique. En effet, avant cette loi, il y avait toujours la possibilité de donner le même brevet en gage à plusieurs créanciers sans que ceux-ci puissent le savoir. La loi de 1920 ayant rapproché ce gage d'une hypothèque mobilière a favorisé sans aucun doute le crédit des inventeurs, tout en protégeant les créanciers éventuels.

C'est ainsi que par un statut juridique de plus en plus défini et précis, le crédit peut se trouver affiné, mieux adapté et renforcé.

2° *La propriété littéraire et artistique.* — L'idée que nous avons exposée plus haut vient se confirmer ici, car le droit qui peut être mis en gage est seulement le droit de publication ou de reproduction de l'œuvre originale et le corpus de la transmission de possession pour le gage sera représenté par les objets qui manifestent la pensée. La possession de ces objets représente le moyen que le créancier possède pour sauvegarder ses droits. Ainsi nous voyons là une affectation à la garantie d'un droit, d'une part du patrimoine,

mais quelle est la valeur de cette affectation? L'on sait, en effet, que le créancier gagiste ne peut pas utiliser un gage à son profit, donc ici, le créancier ne pourrait pas utiliser les moyens de reproduction qu'il a en sa possesion, et ceci est d'une atteinte d'autant plus grave, qu'il est en fait la seule valeur pécuniaire réelle, de cette possibilité d'exploitation. L'on peut dire évidemment qu'à l'échéance de la créance et en cas de non paiement, il pourra faire vendre le droit d'auteur, mais c'est là une sûreté véritablement illusoire. Les modalités de l'engagement sont prévues seulement par la jurisprudence et nous n'avons pas à les analyser ici.

Nous avons cité ces deux exemples pour montrer que la notion de gage est extrêmement étendue, car au point de vue du crédit réel ces deux formes de nantissement nous paraissent sans intérêt pour le crédit. Les droits ainsi donnés en garantie n'ont pas au fond de valeur objective véritable, ce qui est cependant l'essence même du crédit qui les exploite ou qui les produit. C'est donc au fond la valeur productrice de la personne qui est ici mise en gage et c'est par là que cette modalité du gage se rattache ainsi que nous l'avons dit au crédit personnel.

3° *Gage portant sur des valeurs mobilières.* — Nous revenons ici à un gage au sens juridique du mot et répondant pleinement aux caractères généraux du gage que nous avons dégagés.

Il faudra distinguer dans cette étude le gage portant sur des créances ordinaires, le gage portant sur des créances transmissibles, par des modes spéciaux où nous considérerons les actions, titres au porteur, nominatifs et à ordre, enfin le gage portant sur des assurances sur la vie.

1° *CREANCES ORDINAIRES*

Une difficulté du même ordre que celle déjà rencontrée pour la propriété artistique paraît ici, du fait que la possession matérielle des créances n'est pas possible. L'on pouvait penser que la mise en gage ne l'était pas davantage. Tout le monde sait que cette difficulté a été tournée en appliquant les formes du transfert de créance, à titre de nantissement (C. civ. article 2095). Donc comme le fait remarquer Planiol[1], une créance qui n'est constatée par aucun titre ne peut être donnée en gage.

Nous avons dit que le gage portant sur un tel objet possède tous les caractères du gage tels que nous les avons déterminés ; donc ce gage est un droit réel portant sur une créance. A première vue, il semble qu'il y ait antinomie entre ces deux notions, mais il nous semble que l'on peut parfaitement envisager cette idée, et lui fournir une explication juridique. Pour cela il nous faut envisager deux questions préalables : D'abord quels sont les droits que possède le créancier ainsi nanti sur cette créance. De là nous pourrons résoudre avec facilité le deuxième point, à savoir quel est le véritable objet du droit fourni au créancier, c'est-à-dire a-t-il un droit sur la créance elle-même ou seulement sur l'objet de la créance ? Selon que nous aurons résolu cette question dans un sens ou dans l'autre, il nous faudra voir dans le premier cas si un droit de créance peut être objet d'un droit réel, dans le second cas, si l'objet du droit de créance est susceptible d'être mis en gage quoi qu'il ne soit pas susceptible d'être donné en possession.

A) *Les droits du gagiste sur la créance mise en gage.* — Personne ne discute sur la possibilité pour le gagiste d'uti-

1. Planiol, t. II, n° 2409 *bis*.

liser le droit de rétention, et sur l'obligation de conserver le gage et de le restituer après paiement, mais, à côté de ces droits qui rentrent dans le droit commun, il existe des exceptions qui proviennent de l'objet même du gage[1].

Avant l'échéance, la difficulté principale qui paraît provient du fait suivant : le créancier gagiste quoique n'ayant pas la jouissance de l'objet mis en gage, détient cependant la matière même de la créance : le titre. Or, son débiteur qui reste titulaire de la créance n'en a plus la preuve. Il ne peut donc pas en exercer les droits : par exemple un actionnaire ne pourra pas voter aux assemblées sans l'action. D'autre part, le créancier ne le pourra pas non plus, puisqu'il n'a pas la jouissance. L'on a voulu soutenir que les droits du créancier gagiste ne seraient pas perdus s'il remettait son titre pour cette occasion au débiteur, mais ce serait évidemment compromettre d'une part la publicité de la mise en gage, puisque comme le fait très justement remarquer notre auteur[2] « c'est parce que le constituant ne peut pas se servir du titre lorsqu'il en a besoin que la dépossession devient apparente aux yeux des tiers ». La solution logique pour ce cas, si l'on ne veut pas empêcher les deux intéressés de se servir de la créance, c'est la solution d'un sequestre provisoire adopté par le tribunal de Paris[3].

Mais remarquons que c'est là une solution pratique, mais boiteuse au point de vue juridique, la seule solution juridique est l'impossibilité pour les deux parties de se servir de la créance, et remarquons alors l'analogie complète entre l'impossibilité pour les deux parties de se servir d'un meuble corporel, et notre cas. Or, à quoi tient cette

1. Pour l'étude de ces exceptions, nous suivrons la thèse de Quincarlet, *op. cit.*, p. 138 et suiv.
2. *Op. cit.*, p. 141.
3. Cour de Paris, 1er juin 1935, *Gaz. Pal.* 35.2.328.

assimilation pour deux objets aussi différents qu'un gage matériel et un gage immatériel? Cet effet identique dans les deux cas, que nous venons de constater est produit par la même cause, à savoir la dépossession du débiteur. Celui-ci ne peut plus exercer, parce qu'il n'a plus la possession juridique de l'objet. Or, dans notre cas de quoi s'est dépossédé le débiteur? du titre représentatif de la créance. Mais alors s'il ne peut voter dans des assemblées, par exemple, ou utiliser ce titre de tout autre manière c'est que les droits découlant de la créance sont en fait attachés au titre. Que l'on ne dise pas que dans notre cas particulier l'on se heurte à une simple réglementation spéciale exigeant la présentation du titre pour le vote. Ce n'est qu'une manifestation concrète de la règle générale selon laquelle les droits de la créance sont attachés au titre.

Ayant ainsi envisagé les rapports du gagiste avec le constituant, nous allons voir que nous arrivons au même résultat, si nous considérons les rapports du gagiste avec le débiteur de la dette engagée.

Nous trouvons ici tout un faisceau de droits du créancier gagiste. L'article 2081 du Code civil lui permet de toucher les intérêts de la créance donnée en gage. Tout le monde est enfin d'accord pour lui permettre d'intenter les actions de l'article 1166. Quelles sont les conséquences de ces droits et quelle peut en être l'explication? — Remarquons tout d'abord que ces droits sont quelque peu exceptionnels et proviennent de la nature de l'objet engagé. Si le créancier peut toucher les intérêts, c'est qu'il était inadmissible que du fait de l'engagement la créance cesse de produire des intérêts, mais ce droit entraîne en conséquence le droit d'exiger du débiteur le paiement de ces intérêts et même de poursuivre ce débiteur le cas échéant en justice.

Voici donc deux possibilités de poursuite en justice, par

le créancier (art. 2081 et 1166) contre le débiteur de la dette engagée, mais cela revient à dire que ce créancier peut exercer les droits de son débiteur, alors qu'en général un créancier gagiste ne le peut pas, et s'il le peut, c'est qu'il est en possession de tous les droits accessoires de la créance, par le fait même qu'il possède le titre. Pourquoi, en effet, ne serait-ce pas le constituant qui pourrait toucher les intérêts plutôt que le gagiste. Une seule réponse est possible, c'est que le gagiste possédant le titre possède par là même la jouissance de la créance.

Il est évident que le créancier gagiste ne pourra pas se faire payer la créance engagée par le débiteur. Ce serait là une appropriation du gage, ce qui est interdit.

Et nous devons voir enfin quels sont les rapports entre le gagiste et les tiers. Ceux-ci sont tenus de s'incliner devant les droits du gagiste, parce que celui-ci possède le titre de créance. De même que pour les meubles corporels, le gagiste possède dans notre cas le droit de revendiquer le titre, donné en gage au cas de perte ou de vol.

Rentrant dans cette catégorie, M. Quincarlet[1], signale un cas qui vient à l'appui de notre thèse, lorsqu'il survient une substitution de créance. Si une société émettrice de la créance a été fondue dans une nouvelle société, le titre donné en gage ne vaut plus rien. La question se posait alors de savoir si le nouveau titre se trouve de plein droit substitué à l'ancien, dans le gage ou non. Remarquons, en effet, que c'est la même créance qui, avant comme après, est engagée. Ce qui a été modifié, c'est le titre représentatif de cette créance. Or, la jurisprudence n'admet pas la subrogation réelle dans ce cas, et la Cour de cassation exige un nouveau contrat de gage affectant les nouveaux titres[2].

1. *Op. cit.*, p. 143.
2. Cass., 24 janvier 1905, D. 1905.1.493.

Comment expliquer cette solution, si l'on n'admet pas que le gage porte sur le titre même. En effet, dans cette substitution de créance, ce qui entraîne la nullité du gage c'est la nullité du titre mis en gage et non pas la disparition de la créance elle-même. Celle-ci, en effet, peut être effectivement modifiée, lorsqu'il y a des changements de modalité. Mais l'on peut parfaitement supposer le cas d'une créance subsistant sans aucun changement, mais reconnue par un titre qui peut être annulé ou même nul de nullité absolue. (Reconnaissance de dette par un mineur, sans autorisation de son tuteur.) Lorsque ce titre est mis en gage, si l'on veut le remplacer par un titre valable, il est évident, d'après la jurisprudence précitée, qu'il faudra refaire un acte de nantissement. Donc ce qui entraînait la caducité du premier acte de nantissement, c'est la caducité du titre.

Dans les conventions bancaires d'affectation de titres, une clause peut être prévue concernant le cas de remboursement partiel du titre et autorisant le gagiste à encaisser ce montant qui vient en déduction de sa créance.

Il semblerait que nous sommes presque en présence d'un pacte commissoire. La chose est cependant discutable, étant donné que, d'une utilité pratique incontestable, elle peut se justifier juridiquement. Cette justification provient selon nous, du fait que le remboursement partiel doit s'effectuer entre les mains du possesseur du titre qui a, en effet, l'usage de tous les droits de la créance du fait de sa qualité de gagiste. Il faut noter en terminant au sujet de cette idée d'usage de la créance par le gagiste, que la différence avec le gage des meubles corporels, s'explique étant donnée la nature du bien mis en gage.

Nous savons que le gagiste ne doit pas faire usage du meuble engagé, mais cela veut dire en somme qu'il ne doit pas faire un usage volontaire de ce meuble.

Donc l'objet qui produirait des fruits, produit ces fruits pour le gagiste, solution reconnue par tout le monde. De même le créancier doit faire valoir et empêcher de dépérir l'objet qui lui est remis. En partant de ces principes, tirés du gage corporel nous expliquons les effets que nous avons indiqués du gage des créances. En effet, les intérêts produits, le remboursement partiel d'un titre, sont des événements indépendants de la volonté du gagiste, et qui arrivent seulement du fait de la possession du titre. Donc, il n'y a pas dans tout cela, une réglementation exceptionnelle, mais si les effets paraissent ici plus évidents, cela tient à la nature de l'objet engagé, nous l'avons dit, une créance au lieu d'un meuble corporel.

Le remboursement partiel que nous avons signalé plus haut se produit avant l'échéance de la créance garantie.

A l'échéance, le gagiste impayé a les mêmes droits qu'un gagiste de meubles corporels, donc de faire vendre la créance, et de se faire payer par préférence aux autres créanciers. Il peut également se faire attribuer la créance par la justice. Ces droits n'ont rien d'exceptionnel, et, par conséquent, ne peuvent retenir plus longtemps notre attention.

B) *Objet du gage portant sur des créances.* — C'est de la solution de cette question que dépend la vérification de l'idée que nous avons proposée d'un gage droit réel, jusqu'au moment de sa réalisation.

Tout d'abord, nous devrons considérer quelle est la valeur qui est ici mise en gage, puis la théorie couramment admise pour les titres au porteur, puis la discussion provenant du fait que l'objet mis en gage serait ou bien le droit de créance lui-même, ou bien l'objet de ce droit de créance, enfin la généralisation de la théorie des titres au porteur, ce qui nous amènera tout naturellement à l'étude de la troisième question.

Avant celle-ci, nous ferons une conclusion pour montrer la différence existant entre notre théorie et la théorie classique.

Premier point. — Après tout ce que nous avons dit, principalement au sujet des droits intellectuels, la question de la valeur qui fait ici l'objet du gage est très simple. M. Quincarlet lui-même remarque[1] que nous ne nous trouvons pas ici en présence de l'affectation directe et spéciale au profit du créancier de la valeur économique d'une richesse. En effet, les droits de créance et les droits intellectuels n'ont pas pour objet des biens économiques, mais des idées ayant une valeur, donc, ce qui fait ici l'objet du gage, c'est la réalisation technique de l'idée ou du service qui lui donne le caractère d'une richesse.

En somme, dans ces deux cas, nous sommes en présence d'une valeur qui ne reçoit le caractère économique que par sa matérialisation, et inversement sans cette mise en pratique, elle ne saurait être mise en gage. Donc à proprement parler, ce qui est mis en gage ici, ce n'est pas le service ou l'idée, mais la représentation de ceux-ci.

C'est ici que nous nous écartons de l'idée de M. Quincarlet. Celui-ci, en effet, estime[2] que nous serions en présence « de droits de créance du second degré, puisque, dit-il, il y a entre ces droits et les droits de créance le même rapport qu'entre les droits réels principaux, et les droits réels du second degré ». Cette assimilation procède d'une analyse trop sommaire des faits; elle écarterait complètement ici, l'idée d'un gage droit réel.

Or, pour quelle raison serions-nous conduits à cette solution? — C'est que les droits sur lesquels porte notre

1. *Op. cit.*, p. 437.
2. *Op. cit.*, p. 438.

gage, peuvent être qualifiés de droits de créance, et qu'ainsi, si toutefois il est vrai que le droit de gage ici consiste dans un démembrement de ce droit, il est lui-même un droit de créance du second degré. Le tout est donc de savoir, premièrement, si le gage est un démembrement du droit de propriété, et s'il est un droit réel pour cela; deuxièmement, si le gage change de nature en changeant d'objet.

Pour la première question la réponse est aisée, si nous songeons à notre théorie du droit de gage, constituant un patrimoine d'affectation spécial, ayant par conséquent sa législation propre, et sa nature juridique fixée comme étant une institution. Le droit de gage ne peut pas être un droit réel, parce qu'il est le démembrement d'un droit réel, mais bien parce qu'en analyse les éléments juridiques constitutifs du droit réel se retrouveront ici. Remarquons d'ailleurs toute la différence qu'il y a entre le gage et l'usufruit, pris comme type des démembrements du droit réel. Alors qu'il y a véritablement séparation dans les éléments de la propriété avec l'usufruit, il y a dans le second cas une notion supplémentaire qui vient s'ajouter. L'usufruit ne modifie pas le droit de propriété en lui-même, et ne crée pas un rapport juridique nouveau en ce que si l'on ajoute l'usufruit à la nue-propriété, nous avons la propriété intégralement, sans plus. Au contraire, le droit de gage est indépendant du droit de propriété, il empêche celui-ci de s'exercer parce qu'il représente un obstacle momentané, mais très puissant. Les droits qui constituent le gage ne sont pas détachés du droit de propriété, ils ont des points communs. Le droit du propriétaire reste le droit supérieur avec toutes ses qualités, alors même que le gage existe. On ne peut donc pas parler ici de démembrement, car nous sommes en présence de deux institutions juridiques coordonnées, mais indépendantes. En quelque sorte, il ne nous

semble pas que l'on puisse dire que le propriétaire constituant un gage, transmet au créancier gagiste des droits sur la chose, mais bien que le propriétaire par ce contrat, par cette affectation d'un bien de son patrimoine fait jouer au profit du créancier gagiste toutes les règles établies par la loi pour le gage. Donc, si le gage est un droit réel comme nous croyons l'avoir montré, c'est à raison de son caractère interne et non pas à raison de son caractère de démembrement d'un droit réel. Il est d'ailleurs bien évidemment un droit réel au second degré, puisque pour que le gage existe, il faut qu'auparavant ait préexisté le droit réel du premier degré, qui est la propriété.

Ayant ainsi résolu la première question, la deuxième reçoit une solution très simple. Le droit réel de gage ne provenant pas du droit réel de propriété, ne peut être qualifié de droit de créance lorsqu'il porte sur une créance. Sans compter la difficulté qu'il y a à admettre le changement de nature juridique d'un droit selon l'objet sur lequel il porte, il est bien évident que, si le droit de gage possède les caractères spécifiques que nous lui voyons, il reste le même dans toutes les circonstances. Mais alors, nous voici en présence d'un droit réel portant sur un droit de créance.

Deuxième point. — M. Quincarlet a entrevu la difficulté pour la question des titres au porteur. L'on sait en effet que, dans ce cas, c'est le titre même, qui donne au possesseur la qualité de créancier. Personne ne conteste que nous sommes ici en présence d'une assimilation absolue entre la créance et le titre qui la représente, et cette vérité admise aurait « contribué à dissimuler aux yeux des auteurs, la différence entre le gage des meubles corporels et le gage des créances ». Il nous semble, au contraire, que nous sommes ici en présence de ce qui permettra l'éclaircis-

sement du problème. Aucune explication satisfaisante d'ailleurs, n'a été donnée de cette soi-disant exception.

Troisième point. — Plusieurs solutions s'offrent pour résoudre cette difficulté. L'on peut dire, en effet : 1° que l'objet du droit de gage est le droit de créance lui-même; 2° que c'est la valeur pécuniaire de l'objet du droit de créance.

La première solution est donnée par la théorie classique qui considère le gage comme portant sur le droit de créance lui-même, en tant qu'il serait un meuble incorporel. C'est bien ce que l'on entend lorsque l'on dit avec Pothier qu'il n'y a pas de tradition matérielle possible pour les créances et par conséquent, le gage exigeant une remise matérielle peut porter sur une créance.

L'on comprend, en effet, très bien que le rapport personnel d'un créancier et d'un débiteur ne peut en tant qu'il est un rapport abstrait être transmis matériellement ou même faire l'objet d'un droit réel. Nous sommes ici en présence d'une question analogue à celle rencontrée pour les droits intellectuels de même qu'à ce moment nous avons dit que le droit de propriété portait sur la mise en œuvre technique, et non sur l'idée elle-même, de même ici nous ne pouvons concevoir le bien personnel de créance objet d'un droit de propriété et de gage. La critique des divers aspects de cette œuvre a été souvent faite, nous ne croyons pas utile d'y revenir.

Beaucoup plus séduisante est la deuxième solution présentée. Nous aurions ici un droit ayant pour objet la valeur pécuniaire de l'objet du droit de créance et du droit intellectuel. Cette théorie a la double supériorité suivante : d'une part, elle permet de considérer en même temps le gage sur le droit de créance et sur le droit intellectuel, ce

que ne permettrait pas la précédente. D'autre part, elle évite la critique que l'on peut faire à une théorie qui établit un droit portant sur un droit. Ces avantages sont importants si l'on considère que les droits de créance et les droits intellectuels sont du même ordre. Cependant, cette idée n'est pas à l'abri de toute critique : Tout d'abord, il y a un argument de raison qui nous paraît considérable : Cette théorie ne correspond pas à l'idée de garantie réelle, telle que nous l'avons dégagée. De fait que le créancier transmet sa créance, nous dit-on, il cède à la fois la prestation et son droit. Mais, alors, il faudrait choisir l'objet de la mise en gage : c'est donc bien le droit qui permet d'exiger la prestation, ou bien la valeur de la prestation. Or, si c'est la valeur de la prestation, le créancier transmet une valeur qui n'est pas encore dans son patrimoine, mais seulement une valeur future, représentant son droit. C'est donc, si l'on veut, la valeur actuelle de son droit, et non la valeur de la prestation qu'il met en gage; mais s'il en est ainsi, l'objet du gage est le droit (car, parler de la valeur actuelle du droit, c'est seulement donner une forme économique à un objet juridique). A cette idée se rattache une autre difficulté. L'on sait que le gagiste doit avoir la possession du gage. Il faudrait ici, par conséquent, qu'il ait la possession de cette valeur; or, c'est inadmissible, mais nous reprendrons ceci plus loin.

Non seulement, donc, nous voyons une impossibilité juridique à cette transmission; mais encore une source de confusion. Le débiteur qui constitue un gage le fait sur un élément de son patrimoine, qui, mis à part, devient un patrimoine d'affectation; mais pour que l'affectation soit possible, il faut que le débiteur conserve un droit sur le bien mis en gage, parce que le bien continue à faire partie du patrimoine du débiteur. Or, il n'en est rien ici, si l'objet du gage est une action ou une abstention d'un tiers. La

mise en gage de cet objet enlève tout droit sur lui au débiteur, car il ne vient pas dans son patrimoine, et perd, par conséquent, toute possibilité de l'exiger en aliénant l'objet même. Mais c'est là que la confusion devient possible. L'on dit, en effet, que l'objet en gage étant la prestation à fournir par le débiteur, il suffit, pour que la mise en gage existe que cette prestation existe à l'état distinct de l'activité du débiteur. Après l'explication que nous venons de fournir, on voit l'erreur de raisonnement. La prestation dont il est question ici, ne pourrait être que celle du débiteur direct du gagiste, et non celle du débiteur de la créance mise en gage. En ce dernier cas, en effet, il importe peu que l'activité et la prestation existent à l'état distinct de celles du débiteur si la créance mise en gage et qui représente cette prestation, est elle-même distincte dans le patrimoine du débiteur gagiste. Le débiteur du gagiste, mettra la créance qu'il possède en gage pourvu que cette seule condition soit remplie, à savoir qu'il puisse en faire un patrimoine d'affectation. Quant à la qualité de la prestation à fournir, elle importe peu, ce n'est jamais qu'un des éléments de la créance. Mais à côté de ces arguments de raison, nous avons d'autres arguments strictement juridiques. Tout d'abord la nécessité de remettre au gagiste le titre de créance. Il est impossible d'expliquer cette nécessité par l'idée que l'objet du gage est la prestation du débiteur de la créance engagée ; si, en effet, cela est exact, le gagiste ne peut avoir droit à la possession que de la prestation, puisque nous opérons la distinction bien nette entre le droit et son objet. A quoi bon avoir fait cette distinction pour revenir aussitôt à la confusion en disant que « le créancier doit avoir *sur la créance ou plutôt sur la prestation* qui fait l'objet du droit de créance, un pouvoir de fait analogue à la possession dûe à la détention qui lui est conféré dans le gage de meubles incorporels, et qui se

traduit pratiquement par la possession par lui *du titre qui représente la créance*[1]. » Il est ici reconnu que le titre mis en gage représente la créance, et non son objet, c'est-à-dire le droit sur l'objet. Il est impossible de s'en tirer par le compromis : la créance ou plutôt la prestation, car c'est précisément faire la confusion que nous avons dénoncée plus haut. Il est, d'autre part, évident que la prestation n'est pas encore fournie, et ne peut faire l'objet d'une possession. Or, si elle était effectivement l'objet du gage il devait en être ainsi, puisque la possession du gagiste porte sur le gage.

Mais, si nous poursuivons dans le détail, l'on voit que le gagiste possède jusqu'à l'échéance un droit de regard sur la prestation prise en elle-même. Mais ce droit n'implique nullement que ce soit la prestation qui est l'objet du gage. De plus le créancier gagiste aura à l'échéance le droit de réaliser la valeur qui lui est affectée, en aliénant la créance dans les formes légales. D'où lui viennent ces deux droits ? — En vertu de quoi peut-il agir ? — Est-ce en vertu de l'acte de mise en gage : mais il nous suffit de penser à ce que nous avons dit plus haut, pour savoir que non. Il peut agir contre le débiteur de la créance engagée : ce n'est pas parce qu'il y a eu entre lui et son propre débiteur un acte, mais parce qu'il y a eu entre son débiteur et celui de la créance engagée, création d'un lien obligatoire. C'est la créance engagée qui lui donne le droit d'agir et non l'acte de mise en gage qui aurait alors un effet envers les tiers. Mais si c'est la créance engagée qui le garantit ainsi, c'est que son droit porte sur la créance même. C'est elle qui lui permet d'agir sur la valeur, pour conserver cette valeur, pour veiller à la prestation. Ces droits ne lui viennent pas du fait de l'engagement direct de la valeur.

1. Quincarlet, *ibid.*, p. 441. C'est nous qui soulignons.

D'autre part, nous avons dit qu'il peut à l'échéance réaliser la valeur qui lui est affectée : si l'objet du gage était la prestation du débiteur, de quelle valeur serait-il ici question sinon de celle de cette prestation. Or, tout le monde est d'accord pour dire qu'il s'agit de celle de la créance engagée (c'est-à-dire du droit). Et comment s'effectue cette réalisation? Par l'aliénation de la créance dans les formes légales. C'est donc bien là l'objet du gage, sans quoi la réalisation porterait directement sur la prestation à fournir... Nouvelle position insoutenable. Et que l'on ne vienne pas dire que cette distinction est formelle entre la valeur de la créance et la valeur de la prestation. Les deux sont parfaitement séparées, non seulement au point de vue logique, ce qui n'est pas tout, mais encore au point de vue économique. Que l'on pense seulement à l'escompte des créances, et l'on se rendra bien compte que la valeur de la créance doit être considérée juridiquement comme la valeur actuelle de la prestation future, ce à quoi nous avons fait allusion au début de notre critique. Mais on ne peut alors valablement parler d'engagement de la prestation même. Cette théorie nous semble provenir d'un défaut d'analyse. Il n'y a pas de doute sur ce point que, ce qui fait la valeur de la créance engagée c'est la prestation qu'elle a pour objet. C'est un fait d'évidence que l'objet (avec d'ailleurs d'autres éléments accessoires : garanties, conditions, etc.) est le fondement de la valeur d'une créance ; mais là où le raisonnement cesse d'être vrai, c'est lorsque pour fonder une théorie réaliste de l'engagement des créances et pour échapper à l'abstraction de la théorie précédente, on veut faire sauter le terme moyen et passer directement, *sous prétexte d'une dernière analyse*, au fondement, sans voir que celui-ci est inséparable de ce terme moyen. Enfin cette théorie s'appuie sur un argument qui nous semble au contraire se retourner contre elle : La juris-

prudence admet, dit-on, en matière de nantissement, d'obligations non souscrites, les solutions suivantes : la société émettrice confère elle-même un droit au banquier à qui elle remet ces obligations en gage. Le droit du banquier consiste à donner à cette obligation abstraite (puisque n'ayant pas encore de titulaire pour toucher les intérêts et exiger le remboursement du prix) un titulaire par vente de cette obligation, et dès ce moment le banquier aura un droit de gage sur cette obligation. Par conséquent, veut-on dire, la société avait donné un droit au gagiste sur l'objet de la créance engagée. Mais il y a là une confusion fâcheuse. Dans ce cas l'objet de la créance engagée est l'obligation du débiteur même du créancier gagiste. Il n'y a pas de distinction entre deux débiteurs. C'est le même qui est débiteur du gagiste et débiteur de la créance engagée. Mais alors dira-t-on, pourquoi cette manœuvre et pourquoi donner en gage des titres sur le débiteur lui-même. Il n'y a pas à proprement parler une garantie. Mais c'est précisément là que nous voyons un argument pour une théorie très différente de celle présentée ici. Qu'est-ce qui fait le gage? C'est l'obligation. Pourquoi cette obligation peut-elle servir de garantie au débiteur même de l'obligation? C'est qu'elle prend une valeur par elle-même. C'est qu'elle ne représente pas seulement la valeur de la prestation, mais autre chose. Si elle était seulement la valeur de la prestation, il n'y aurait aucun intérêt à recevoir deux engagements pour un du même débiteur, dont la solvabilité ne serait pas plus certaine pour l'un que pour l'autre. Le gage peut ici prendre place, parce que l'obligation donnée au banquier est susceptible de prendre une valeur propre. Et, pour le justifier, il suffit de penser que le banquier aura un droit de gage seulement à partir du moment où l'obligation aura eu un titulaire, c'est-à-dire aura été mise en circulation. Et quelle est alors la valeur propre de l'obliga-

tion ? Elle est du même ordre que la valeur du titre mis en Bourse qui a une cote particulière. C'est là ce qui donne son efficacité à ce gage. Mais, en conséquence, c'est une affirmation de l'engagement de la créance même, et dans son individualité, mais non pas dans son objet seulement.

Quatrième point. — D'après tout ce que nous venons de dire, il semble que cette théorie est inadmissible. Nous sommes donc pris entre deux théories impossibles. L'une par son abstraction, l'autre par son faux réalisme qui aboutit à passer à côté de la question. Par ces deux théories, nous sommes conduits à admettre que c'est la créance même qui est mise en gage, mais que ce n'est pas le droit obligatoire. La solution doit partir de là. Mais elle trouve d'autres appuis dans les idées que nous venons de développer et dans la théorie indiquée plus haut concernant les titres au porteur.

Dans la question que nous venons de voir, concernant les obligations non souscrites, nous avons distingué le lien obligatoire et l'obligation remise en gage. Le lien obligatoire n'aurait en effet aucune valeur étant donné qu'il est encore une simple possibilité, une abstraction. Tant qu'il reste tel, le banquier, bien loin d'être gagiste, est titulaire d'un droit particulier qui lui permet de donner un titulaire à ce bien. C'est seulement lorsque l'obligation aura pris son caractère normal qu'elle sera engagée. Nous croyons avoir là, la réalité du droit de gage. Celui-ci porte bien sur la créance même, parce que celle-ci seule peut donner au créancier gagiste les droits qu'il a selon le droit civil. Mais d'autre part, il faut distinguer dans la créance le lien obligatoire abstrait, et la matérialisation de la créance. Dire que le lien obligatoire est mis en gage, c'est revenir à la première théorie, c'est en effet le droit lui-même dans son existence juridique seulement qui serait objet du gage.

Or nous savons que cette position manque de fondement dans la réalité des choses. Mais la créance n'est pas que cela. Elle est, à côté du lien abstrait, idéal entre deux personnes, la matérialisation de ce lien. Cependant, pourra-t-on objecter, la création d'un titre n'est pas une nécessité pour l'existence de la créance. Nous sommes bien d'accord mais elle est une nécessité pour sa mise en gage. Il ne peut y avoir gage sans possession, c'est encore ce que nous a montré l'étude du gage des droits intellectuels. Cette possession porte ici comme là sur la matérialisation du droit. Pour les droits intellectuels, cette matérialisation se présente sous la forme des moyens de reproduction, brevets etc..., pour les droits de créance c'est la forme d'un titre. Ce qui montre l'exactitude de ces réflexions c'est l'existence des titres au porteur. Ceux-ci ne sont pas traités comme tous les titres, parce que la possession équivaut ici à la propriété. Le droit abstrait est confondu avec son expression matérielle. Les deux ne font plus qu'un. C'est là le caractère extraordinaire qui prouve que dans les autres cas, les deux éléments doivent être distingués, comme la propriété et la possession. La propriété ne peut porter que sur le lien abstrait, et la possession sur la matérialisation. Il n'y a donc pas à proprement parler ici une extension de la théorie des titres au porteur. Mais la situation des titres au porteur et des autres titres, est identique pour le gage. Sans cela, il serait impossible de justifier l'identité des effets, étant donné la différence de position juridique.

Ce qui peut montrer mieux encore cette distinction nécessaire à opérer, c'est la possibilité du changement de valeur de l'objet donné en gage. Le lien abstrait, en tant qu'il est un rapport obligatoire ne peut changer de valeur économique, il est tout autrement du titre qui le représente, car celui-ci est soumis à des influences extérieures au rapport lui-même. Alors que celui-ci n'est que le lien entre

deux personnes, le titre qui le représente du fait qu'il est dans le commerce, est soumis à des vicissitudes diverses. De même que pour les droits intellectuels, nous avions dit que, ce qui fait la valeur économique du droit, c'est sa matérialisation, de même ici. Nous ne reviendrons pas là-dessus, mais c'est précisément cette valeur économique qui peut varier, lorsqu'elle est représentée par un titre. Et non seulement représentée, mais si étroitement liée que, si le titre disparaît, la valeur économique ne peut subsister.

En somme, nous croyons que le seul objet du gage, c'est le titre même, la matérialisation même du droit. Et nous pouvons affirmer cela en partant de la grande idée qu'il n'est pas de gage sans dépossession. Notre conception est réaliste, car c'est le titre qui donne tous les droits au créancier gagiste. Nous avons montré que ce ne peut être le droit même qu'il détient, que ce n'est pas le contrat de gage qui lui donne son pouvoir vis-à-vis du débiteur de la créance gagée. C'est le titre même représentant évidemment un droit, mais non pas si évidemment qu'il ne puisse y avoir des exceptions confirmant notre solution. C'est ainsi que la cession de créance, selon l'article 1690, d'une créance annulable n'en est pas moins valable lorsque les formalités ont été accomplies et le titre transmis. Nous n'avons pas besoin de reprendre tous les arguments qui conduisaient à cette solution et que nous avons rencontrés en cours de route. Nous avons là une solution générale qui évite les reproches faits à la première théorie (notre explication se rapporte en effet aussi bien au gage de créance, qu'au gage de droits intellectuels) et la seconde (la possession s'explique fort bien, et le droit de regard sur la prestation aussi, puisque le gagiste détenteur du titre est seul capable d'exercer cette surveillance, le droit qui consiste à réaliser la valeur du titre, se manifeste par la vente de celui-ci dans les formes légales).

Mais il faut aussi considérer la question sous un angle différent, et voir comment cette théorie facilite le crédit et augmente sa sécurité. Car il est certain que, si la théorie que nous soutenons est la seule juridiquement possible d'après la logique juridique et les textes, elle doit, d'autre part, exprimer les tendances modernes du crédit. Quant à la sécurité, si l'on considère que le titre donne tous les droits représentés par lui au gagiste, le débiteur est complètement paralysé dans ses tentatives de fraude. De plus, ce mode très simple d'exprimer le fait du gage de créance, implique un rapport plus matériel qui favorise le crédit, par le fait psychologique de la sécurité représentée par la possession du titre, si celui-ci donne tous les droits au créancier. Nous n'avons pas besoin de développer davantage ce point de vue évident, et nous pouvons nous borner à rappeler les mérites des titres au porteur. Il nous semble donc nécessaire que parmi les opinions flottantes et nuancées, seule une doctrine claire et simple comme celle-ci exposée, peut être favorable au crédit de toutes façons.

2° *CREANCES A ORDRE ET AU PORTEUR*

Nous aurons peu de chose à en dire. En effet, le gage des créances ordinaires nous a permis de traiter les principales questions juridiques soulevées par le gage des créances, questions que nous retrouverions ici. La seule question intéressante à noter est que ces gages de créances à ordre et au porteur sont extrêmement plus faciles. Et au point de vue du crédit, le mode d'engagement peut être très employé. C'est ainsi que nous trouvons l'avance sur titre qui comporte le nantissement de titres remis en général à un banquier. Dans cette opération, c'est en dernier ressort le titre lui-même, comme nous l'avons constaté pour les

autres gages de créance, qui est soumis au droit du créancier gagiste. Et c'est précisément là l'utilité particulière des clauses à ordre et au porteur dans cet acte juridique : le transfert du titre se fera plus aisément, mais il y a alors tout le danger bien compréhensible que, ici, la détention du titre corresponde à la propriété de la créance. Il est presque impossible de distinguer l'un de l'autre, mais ceci s'explique parfaitement sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans de nouvelles explications, grâce à la théorie du patrimoine d'affectation que nous avons appliquée au droit de gage. Donc, le créancier gagiste apparaît comme une sorte de propriétaire en puissance et pour spécifier son droit, pour montrer que son droit se limite à la détention de la matérialité des titres mais non au contenu même de ces titres, il il est nécessaire que le contrat de gage soit passé selon les formes exigées par la loi; car la remise de l'objet ne suffit pas, nous le savons, à créer le droit de gage. Il faut qu'il y ait en outre création de ce droit par un contrat. Tout cela représente seulement une application des théories déjà indiquées.

3° *LE GAGE DES ASSURANCES SUR LA VIE*

Nous placerons ici une particularité relative au gage sur biens incorporels; particularité qui vient confirmer les thèses que nous avons soutenues.

L'assurance sur la vie peut être un instrument de crédit[1]. Rappelons que c'est un contrat par lequel un assureur promet au stipulant de payer à une personne (bénéficiaire) un capital ou une rente lorsque se produira un événement fixé par la police et relatif à la vie de l'assuré. Ce contrat peut servir de gage soit en remettant le titre en nantisse-

1. Loiseau, *L'assurance sur la vie, instrument de crédit*, thèse, Paris, 1935.

ment, soit en attribuant au créancier le bénéfice de l'assurance, soit en transférant sa propriété. Le bénéficiaire et le contractant peuvent se servir de cet instrument de gage. Mais parmi les trois modes de mise en gage que nous avons indiqués, il faut distinguer des différences sensibles.

La mise en gage par remise du titre par le souscripteur ou le bénéficiaire est sans aucun doute la plus usitée dans la pratique. Elle assure au créancier un privilège sur la créance du bénéficiaire principal. Mais il faut faire une observation essentielle sur ce gage : le créancier n'a pas de droit direct contre la compagnie. Il a seulement un privilège sur la créance. Et ceci correspond exactement au gage tel que nous l'avons défini. Mais il est un autre mode d'engagement : par le transfert de la propriété de la police. Ici le créancier aura un droit direct contre la compagnie, mais dans ce cas, comme pour la mise en gage des titres au porteur, il faudra que le créancier s'oblige à restituer la police à la restitution du prêt.

Enfin l'on peut attribuer le bénéfice de la police au créancier. Par l'attribution de bénéfice, le stipulant précise le bénéficiaire. Cette désignation peut être faite dans la suite par une mode de transfert normal. Mais lorsqu'elle est faite à l'origine, nous sommes ici en présence d'un moyen de crédit bien différent du gage, et de tous les moyens de crédit habituels : en effet, la situation est alors que le débiteur contracte une police d'assurance-vie dont le bénéficiaire est le créancier. Cette assurance servira au créancier de moyen de garantie et de moyen de paiement. De moyen de garantie parce que le débiteur versant de petites sommes au fur et à mesure à la Compagnie, sous forme de primes, se libérera plus facilement. Et d'autre part, c'est un bon moyen pour les débiteurs de donner à un créancier une sûreté alors que le débiteur n'a absolument plus aucun moyen, car les autres créanciers n'ont aucun pouvoir d'empêcher cette affectation : l'on en donne une raison bien simple,

c'est que la créance contre l'assureur ne s'est jamais trouvée dans le patrimoine du débiteur. Au contraire, elle a directement enrichi le créancier bénéficiaire : il n'y a, semble-t-il, aucune perte à éviter, donc pas d'application de l'art. 1167. Cependant cet article pourra s'appliquer aux primes payées par le débiteur. Il ne faut pas en effet que ce soit là un moyen de frauder les créanciers. Mais alors, si cette assurance n'est pas faite en fraude des droits des créanciers, celui qui a en reçu le bénéfice, est-il si certain d'avoir une garantie ? en d'autres termes, qu'arrivera-t-il si le débiteur ne paie pas les primes après avoir contracté l'assurance ? Le paiement des primes est, on le sait, toujours facultatif. Mais l'insécurité du créancier rend ce système inutilisable, c'est pourquoi l'on utilise le système de la prime unique, versée d'un seul coup, mais qui a le tort d'alourdir l'opération, et de la rendre malaisée pour le débiteur. Soit plutôt de faire prendre au débiteur un engagement de payer les primes. Engagement pris envers le créancier, et en général assorti d'une caution. Cet engagement, même lorsqu'il n'est pas pris par écrit, est la plupart du temps présumé par les tribunaux, et ainsi le créancier a une sécurité à peu près complète. C'est la théorie de l'engagement implicite.

Nous voyons donc par là que nous sommes sortis de la théorie du gage pour entrer dans un système particulier de garantie.

Toutefois nous avons vu que dans les limites même du gage, l'assurance sur la vie sert d'objet de nantissement. Il n'y a pas de règle spéciale à en tirer, mais il est intéressant de remarquer dès maintenant à quel point toute valeur patrimoniale peut servir de gage, et quel emploi considérable le gage peut avoir. Nous en trouverons une application encore plus grande dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

LES HYPOTHÈQUES MOBILIÈRES

L'on sait la discussion relative au nom de ces garanties : soit gage sans dépossession comme l'appelle la jurisprudence, soit hypothèque mobilière. Et c'est là, la thèse de la doctrine.

Nous nous rallierons pleinement à celle-ci quant à nous. L'on a vu dans le chapitre précédent que l'idée de possession, reliée à celle de patrimoine d'affectation est absolument nécessaire à la compréhension du gage. Celui-ci n'existe pas lorsqu'il n'y a pas possession. Dès lors il apparaît incompréhensible de parler d'un gage sans dépossession. Sans doute, a-t-on voulu soutenir que le titre remis au créancier, et qui représente l'objet mis en gage, est en la possession du créancier. Il y aurait donc possession sur le titre représentatif, et non sur le bien lui-même qui reste en possession du débiteur. Mais cette théorie est inadmissible, nous la rejetterons précisément pour les raisons qui nous ont fait admettre un gage véritable sur les créances. La possession du titre de créance n'est pas représentative de celle de l'objet, avons-nous soutenu ; il ne peut y avoir deux possessions sur une même chose et l'idée de possession indirecte sur l'objet du titre, qui correspond à l'idée de possession sur l'objet de la créance, peut être rejetée pour les mêmes raisons. Il s'agit bien ici d'une hypothèque sur

les meubles. Cette idée n'est pas étrangère au droit maritime et commercial. L'on sait que le législateur a nettement prévu cette possibilité avec les hypothèques fluviales, maritimes et aériennes. Les deux premières suivent les mêmes règles, sauf une différence du lieu d'inscription. L'hypothèque fluviale est inscrite au tribunal de commerce, et l'hypothèque maritime à la recette principale du port d'attache. Ces deux hypothèques dérogent à l'article 2119 du Code civil, car elles confèrent un droit de suite et un droit de préférence. Pour les avions et aéronefs en général, l'inscription de l'hypothèque se fait au tribunal de commerce.

Il y a là une indication précieuse, sans parler du nantissement des fonds de commerce qui est très usité, sur le fait que les meubles ayant pris une importance toute particulière à notre époque peuvent être soumis au même régime de crédit que les immeubles. Nous verrons l'utilité particulière de ce mode de crédit au chapitre suivant. Mais dès maintenant, nous pouvons noter que la stabilité forme l'essence même de ce moyen. Donc, l'objet de crédit fondé sur une hypothèque ne peut être que très stable lui-même, au sens juridique du terme, — c'est-à-dire qu'il doit avoir une assise juridique (port d'attache du navire) où l'on puisse faire la publicité — une valeur assez considérable, une importance matérielle telle que son vol ou son détournement ne puissent être facilement accomplis.

L'élément publicité vient en effet remplacer ici l'élément de possession du gage au point de vue du crédit. Par sa prise de possession, le créancier gagiste est certain d'avoir des droits sur la chose remise, nous le savons. Au contraire dans l'hypothèque, la seule sécurité du crédit est dans la publicité des transferts et des constitutions de droit réel. Cette publicité ne peut se faire que pour des

meubles remplissant les conditions que nous avons indiquées plus haut, c'est-à-dire des qualités qu'ils partagent au fond avec des immeubles.

Nous laissons donc de côté le nantissement des fonds de commerce et nous dresserons seulement un tableau rapide des warrants civils.

1° Warrants agricoles : l'étude approfondie des warrants agricoles a été assez souvent faite pour qu'il nous soit nécessaire de la reprendre. L'utilité de ce warrant est également bien connue : permettre à l'agriculteur, propriétaire ou non de sa terre (car l'usufruitier, le métayer peuvent mettre les fruits qu'ils ont perçus, en warrant) de toucher de l'argent lorsqu'ils n'ont pas encore vendu les produits de leur exploitation. Si nous ne considérons pas la possibilité de warranter le matériel agricole, ce qui est, selon nous, abusif et ne correspond pas à une vraie nécessité, nous voyons de suite l'intérêt économique de cette opération : doublée par celle de l'achat des récoltes avant leur pousse (ce qui se fait surtout pour le vin et la résine), cette institution permet la solution du grave problème agricole de l'ajustement des recettes et des dépenses : les dépenses de l'agriculteur courent pendant toute l'année, avec des hausses précisément aux époques les plus défavorables. Grâce à la vente avant récolte, l'agriculteur peut toucher une partie du prix à ce moment défavorable. Grâce au warrant, il peut obtenir de l'argent sur la part de récolte qu'il met de côté ou sur la récolte qu'il n'a pas pu vendre encore. Ainsi, pendant tout le courant de l'année, l'agriculteur peut recevoir par petites sommes réparties ce qu'il touchait d'un seul coup autrefois, lors de la vente ; et la politique de toucher le tout d'un coup s'est avérée depuis longtemps mauvaise.

L'opération est donc excellente pour le débiteur, au point de vue du crédit. Mais pour le créancier : a-t-il une sécurité suffisante ? sera-t-il tenté par les facilités de réaliser un bénéfice de fournir à ce moyen de crédit ?

La sécurité dépend de la publicité. Celle-ci est-elle efficace ? il semble bien que oui. Après l'établissement de la pièce appelée warrant, il faut une déclaration et inscription sur un registre tenu au greffe de la justice de paix du canton où sont situés les produits warrantés. C'est une publicité du même ordre que celle des navires. L'inscription doit comporter des indications et une énumération capables d'individualiser les objets warrantés et aussi le fait de l'assurance des produits warrantés. Le greffier pourra délivrer des états d'inscription ou de non inscription aux tiers, et si le warrant n'est pas inscrit, il n'est pas opposable.

Cette sécurité vis-à-vis des tiers, est doublée par la sécurité du créancier vis-à-vis du débiteur : celui-ci est soumis à une sorte de droit de rétention du créancier, et il est responsable de la marchandise, et ce sans aucune indemnité opposable au porteur du warrant. Le débiteur est ainsi soumis en faveur de son créancier à une double responsabilité : une responsabilité civile et une responsabilité pénale. Responsabilité civile, car il est responsable très sévèrement d'une *culpa levis in abstracto*. Responsabilité pénale, car l'on punit des peines de l'abus de confiance le fait pour l'emprunteur de détourner les biens warrantés. Ceci se comprend fort bien, sinon en droit, au moins en fait, au profit du crédit. Il est nécessaire que la responsabilité soit très lourde puisque nous sommes en présence d'un acte de crédit assez dangereux : une hypothèque portant sur un meuble ne pouvant jamais avoir la même assiette solide que sur un immeuble.

Enfin le créancier a-t-il avantage à avoir fourni ainsi à un warrant ? Le titre de warrant est un titre négociable, escomptable. Donc le créancier peut ainsi rentrer dans ses fonds. Mais les privilèges que lui donne ce titre sont tels (et ceci correspondant au caractère de prêt à court terme

de ces hypothèques, contrairement aux hypothèques ordinaires qui sont faites au contraire pour garantir un prêt à long terme), que le créancier n'aura, la plupart du temps, pas avantage à se dépouiller de son titre. En effet, il peut réclamer le paiement à l'échéance et le faire par lettre recommandée au cas de non-paiement, il fera vendre les biens warrantés aux enchères publiques. La procédure est donc, on le voit, rapide, et assez peu onéreuse, étant donné que cette vente publique se fait par tout officier ministériel sur simple ordonnance du juge de paix. Ce qui est du plus haut intérêt pour la réalisation d'un gage et qui écarte à peu près le besoin de l'appropriation du gage par le créancier.

Le warrant donne au créancier un double pouvoir fort important. D'abord un privilège de paiement, semblable au privilège du gagiste. Tous les autres privilèges sont primés par celui du porteur de warrant. Puis, au cas de non-paiement, il existe un recours contre tous les endosseurs successifs du warrant lorsque celui-ci a été escompté avant l'échéance. Ce pouvoir est très remarquable, car il introduit un mode de garantie plus spécialement commercial; un mode de garantie qui se rapproche dans son effet de la solidarité, mais qui est fondé sur bien d'autres principes. Ces droits du créancier sont largement suffisants pour lui assurer une sécurité complète. L'on a créé à côté de ce type de warrants, d'autres moyens de crédit du même ordre, avec les warrants hôteliers, pétroliers. Il y a peu de choses à dire de chacun d'eux.

Le warrant hôtelier est destiné à permettre aux exploitants d'hôtels de voyageurs, de se procurer les fonds nécessaires au développement de leur industrie. L'engagement portera ici sur le mobilier commercial et l'outillage de l'exploitation. L'idée générale est identique à celle des warrants agricoles, à savoir que l'hôtelier doit trouver

des capitaux sans se séparer de ses moyens de travail. De même la sanction et les droits du créancier sont les mêmes. En outre, le débiteur a le droit de rembourser la créance garantie avant l'échéance, et peut consigner la somme de remboursement au cas de refus du créancier d'accepter le paiement. C'est une facilité nécessaire donnée au débiteur afin de lui épargner le paiement des intérêts lorsqu'il peut rembourser. Nous trouvons une utilité à ce warrant, voisine de celle du warrant agricole : c'est un moyen aisé pour l'hôtelier de trouver des capitaux de roulement à une époque où il ne peut pas en avoir, à l'époque de la morte-saison. Pour beaucoup d'hôtels, en effet, c'est un problème difficile de couvrir les frais de morte-saison. Il y a là, surtout au cas de frais exceptionnels (réparation, agrandissements) qui précisément se font au moment où l'hôtel est le moins garni, la principale utilité du warrantage hôtelier.

Pour le warrant pétrolier, nous n'avons rien à dire de la réglementation qui est encore à peu près la même que celle des warrants précédents. Son utilité est aussi d'opérer une réadaptation entre le moment de l'achat du stock et son écoulement, petit à petit. Ce type de warrant mérite une mention spéciale, car, étant donné la difficulté de la garde du pétrole, il a fallu une loi particulière pour permettre le warrant sur place, sans entrepôt dans un magasin général.

Ce mode de crédit apparaît donc comme essentiellement destiné à ne servir que dans des cas particuliers et bien déterminés par la loi. Cela provient de l'idée même que nous avons indiquée plus haut : l'hypothèque sur des meubles particulièrement importants. L'on ne peut pas créer une catégorie intermédiaire entre le meuble et l'immeuble, catégorie soumise à l'hypothèque mobilière. L'on doit donc admettre que ce mode de crédit, différent de l'hypothèque et du gage, dépend entièrement de la loi qui décidera dans chaque cas particulier de l'application de cette opération juridique.

Que l'on prenne en effet l'une ou l'autre direction : hypothèque sur navires, aéronefs automobiles[1], ou bien warrants que nous avons examinés, nous nous trouvons bien en face de types identiques de crédit. Dans les premiers cas il n'y a pas d'utilité particulière, mais seulement un moyen d'assurer au propriétaire un crédit que le créancier ne verra pas s'effondrer. La publicité en est la sécurité. Dans les derniers cas, il y a bien une utilité particulière, et c'est ce qui fait justement le lien entre ces warrants. Ceux-ci étant surtout des institutions d'ordre économique, et les lois qui les ont créés n'ayant d'autre but que de faciliter l'exercice de telle ou telle profession, il apparaît qu'il n'y a pas à les rattacher à une catégorie de crédit préexistante, gage ou hypothèque; nous sommes en présence d'une création originale, qui a ses lois propres, ses fins propres, et qui nous paraît avoir un grand avenir.

1. Le gage sur les automobiles n'est pas encore parfaitement constitué; il a lieu principalement pour éviter aux vendeurs d'automobiles à crédit, des pertes fâcheuses. Mais il a été violemment critiqué; la publicité, puisque c'est un gage sans dépossession selon une bonne partie des auteurs, en est insuffisante et inefficace. C'est une institution qui semble contraire au crédit. Mais il nous apparaît que l'on en est seulement encore ici aux premiers tâtonnements d'une pratique qui pourra être au contraire très utile. La théorie et la pratique de l'hypothèque mobilière ne sont pas encore édifiées.

CHAPITRE V

LE CREDIT HYPOTHECAIRE

Ici encore nous n'envisagerons pas le crédit hypothécaire sous l'angle purement technique, et avec une description détaillée. Ce serait une œuvre fastidieuse et longue; mais nous essaierons de voir quel est l'intérêt du crédit hypothécaire pour le crédit en général. La question de l'hypothèque est inséparable de celle de la publicité, c'est pourquoi nous traiterons dans une partie générale de l'hypothèque et de la publicité, du point de vue du crédit, puis nous verrons les critiques que l'on peut adresser à l'hypothèque légale, et, enfin, à l'hypothèque *de futuro*.

Section I.

L'hypothèque et le crédit.

L'article 2114 du Code civil, définit l'hypothèque un droit réel sur les immeubles, affectés au paiement des obligations. Sitôt que l'on commence l'étude de l'hypothèque, l'on voit se poser la question du formalisme, car elle est solennelle et d'autre part elle est spéciale. Elle est spéciale quant aux immeubles sur lesquels elle porte et quant aux créances qu'elle garantit. Ces notions sont bien connues.

Ce sont là les deux premières exigences que doit remplir l'hypothèque pour favoriser le crédit. La spécialité de

l'immeuble permet seule au créancier une évaluation exacte de l'engagement du débiteur, et de la valeur de l'hypothèque qu'il prend, et la spécialité de la créance permet aux créanciers futurs de savoir dans quelle mesure est grevé le patrimoine de leur débiteur. Ce sont là des règles de sécurité élémentaires sur lesquelles il n'est pas besoin d'insister. La solennité de l'acte, qui vient se joindre à l'exigence de la publicité se comprend aisément puisque c'est par elle seulement que les créanciers futurs seront au courant de ces engagements. Ces deux premières exigences ont été en grande partie réalisées par notre législation, et nous verrons s'il n'y a pas de critiques à y apporter. Mais cela ne veut pas dire que le crédit hypothécaire soit parfaitement organisé.

L'on a coutume de dire que le prêt sur hypothèque est le prêt idéal, qu'il unit un revenu fixe à un capital parfaitement assuré. Mais il se heurte dès l'abord à l'objection qui devient essentielle à notre époque, de n'être pas mobile, et d'être un prêt à longue durée. L'on ne peut pas concevoir, en effet, un prêt hypothécaire à brève échéance, et la longue durée du prêt à notre époque où les changements sont extrêmements fréquents et où les déplacements de capitaux doivent être rapides, paraît un vice grave. Il reste, sans doute, que ce prêt hypothécaire demeure le prêt des « bons pères de famille ». Il est avant tout un placement. L'on doit, en effet, envisager les orientations différentes à donner aux placements, grâce à des moyens de crédit divers. D'une part, il y a les exigences de la vie économique, et à cela devront correspondre les moyens de crédit d'ordre commercial, rapides, mais dont la sûreté est davantage obtenue par une technique juridique que par la valeur des garanties. D'autre part, il y a le désir de nombreux épargnants d'avoir un moyen sûr et de longue durée de placer leurs capitaux. A ces tendances différentes, il faut

des moyens différents. Le crédit hypothécaire est sans doute, de tous, celui qui correspond le mieux au deuxième desideratum. Mais alors tout devrait être orienté dans ce but : sécurité du prêt et régularité. C'est pourquoi, plus qu'ailleurs, une étroite réglementation est exigée, réglementation sans laquelle des apparences trompeuses peuvent ruiner le créancier. Cette réglementation devra poursuivre le but sus-indiqué, et c'est pourquoi elle sera tout entière faite dans l'intérêt du créancier. Le fait d'avoir un immeuble peut être, sans doute, pour le débiteur un moyen de crédit, très différent du crédit hypothécaire, un crédit plus souple, où les intérêts du débiteur seront les premiers envisagés. Ce serait le fait de la mobilisation du crédit immobilier; mais ceci n'est pas réalisé dans notre droit, et tout le système hypothécaire est fait dans le but que nous avons indiqué.

Cette sécurité du créancier ne lui sera vraiment acquise que s'il est assuré de traiter avec le véritable propriétaire grevé, et s'il peut, par une vérification facile et objective, se rendre compte de la valeur du droit qui lui est transmis. C'est toute la valeur de ce crédit, qui repose sur le fait que le futur créancier peut évaluer la valeur du gage qui lui est offert. C'est cela qui fera naître la confiance suffisante en lui. Et, enfin, il faut que le créancier ait le pouvoir de conserver cette sûreté qui l'a entraîné à contracter. Il faut que le même moyen qui lui donnait l'assurance de la valeur de sa sûreté, lui donne l'assurance de la défendre, qu'elle lui sera utile au moment opportun. C'est le rôle de la publicité, et c'est pourquoi nous avons dit que la publicité était étroitement liée à l'hypothèque. Si étroitement que c'est elle qui fait la valeur de l'hypothèque, et que, sans elle, ainsi que nous le verrons, l'hypothèque est plutôt un obstacle au crédit. Cette vérité avait été méconnue par le droit civil. Celui-ci ne mettait aucun

moyen de publicité à la disposition du créancier. Il y avait pénalité contre le fraudeur, mais c'était un fait inutile au point de vue de la valeur du crédit. Il y a là un fait intéressant car, sans doute, le Code avait négligé ce point sur la base de l'idée que c'était au contractant à prendre ses mesures de garantie, et non pas à la loi à les lui assurer. Partant toujours de la liberté absolue des contractants, le Code avait estimé que c'était au créancier qui profiterait du gage de s'assurer de sa valeur. Que cela soit très difficile, presque impossible, n'entrait guère dans les vues du législateur. En ceci par la suite la loi a joué le rôle qui lui est spécifiquement réservé dans une civilisation juridique, elle a donné le moyen au créancier de mener à bien son enquête, sans se substituer à lui. Jusqu'à la loi de 1855 l'on connaît les conséquences de cette absence de publicité. Il y avait eu des procès multiples, et les capitalistes avaient subi de lourdes pertes. Ceci était profondément nuisible au crédit qui doit comporter la règle « ni ruine, ni profit ». Il faut assurer la stabilité et la sécurité des patrimoines tout en les faisant collaborer au service de l'économie nationale. Dans ce but, la législation postérieure a prévu certaines dispositions : la loi de 1841 protège l'adjudicataire, et surtout la loi de 1885 qui reste, malgré ses imperfections, la clarté de cette branche du droit. L'on sait les dispositions principales de cette loi et les critiques nombreuses dont elle a été l'objet. Nous ne nous y étendrons donc pas ici, car c'est une matière absolument classique, et qui a perdu d'ailleurs de son intérêt du fait des lois postérieures. En tout cas il restait que la loi de 1855 était très incomplète puisqu'elle ne prévoyait aucune publicité pour les mutations *mortis causa*, testamentaires ou *ab intestat*. Ces mutations qui, par leur mystère, empêchent de suivre le cours d'un immeuble entre les mains de ses divers propriétaires, forment un obstacle très grave à la sécurité de la publicité. Il en est de même de la question du partage. Mais cette

question n'est, malgré tout, pas aussi fréquemment soulevée. Nous continuerons notre exposé de la législation par des lois plus récentes, mais auparavant nous ferons une remarque suscitée par la loi de 1924 qui a apporté certaines modifications au régime hypothécaire alsacien-lorrain. Elle a supprimé la transcription obligatoire et a distingué très nettement les modes d'acquisition des droits immobiliers, quant à la publicité. Par contre, la loi a conservé l'ancien régime des livres d'inscription et de l'inscription elle-même. L'article 42 de la loi stipule que « tout acte entre vif translatif ou déclaratif de propriété immobilière et tout acte entre vif portant constitution ou transmission d'une servitude foncière, ne peuvent faire l'objet d'une inscription, que s'ils ont été traités par devant notaire ». Ceci affirme donc la valeur de l'acte authentique par rapport à l'acte sous-seing privé. Au point de vue juridique, cette réforme est illogique, puisque d'après l'article 1138 l'acte sous seing privé conserve une certaine valeur, puisqu'il continue à transférer la propriété, à créer un droit réel, qu'il n'y a pas ici d'exigence d'un acte notarié. C'est même là un des grands principes de notre droit que le transfert des propriétés ne soit pas solennel, mais ce transfert, cette création resteront précaires puisqu'ils devront être suivis, à peine de nullité, d'un acte authentique dans les six mois qui suivront. L'acte sous seing privé devient donc un acte intermédiaire qui sera en pratique éliminé par l'acte authentique. C'était ici la remarque que nous désirions faire. Le crédit hypothécaire doit être fondé sur l'acte authentique. Ce supplément de formalisme ne tombe pas sous le coup des critiques que l'on peut adresser au formalisme dans l'ordre du crédit, car il est tout à fait dans la ligne que nous avons indiquée de ce type de crédit, où l'on doit rechercher avant tout la sécurité. De plus, l'acte de constitution d'hypothèque n'est pas un acte tellement courant qu'il ne puisse

supporter cette forme solennelle. L'on peut dire que c'est une entrave à la circulation des biens, mais ce n'est pas exact si l'on double ce système de la pratique de la mobilisation des immeubles.

Notre régime hypothécaire a été modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935. Nous en exposerons les grandes lignes, puis nous essaierons de montrer l'insuffisance de cette réforme[1]. Le législateur a tout d'abord élargi le domaine de la transcription. En effet, toutes les transmissions immobilières doivent être transcrites même lorsqu'elles ont lieu à cause de mort ou par jugement. C'est donc combler la lacune importante que nous avons relevée dans la loi de 1855. De plus les actes déclaratifs de droits réels doivent aussi être transcrits. Et voici une autre réforme calquée sur la loi de 1924 : ne sont désormais admis à la transcription que les actes authentiques. Les actes sous seing privé déposés comme minute chez un notaire, dans le mois de leur signature, et les décisions de justice devenues définitives seront eux aussi transcrits. Cette disposition porte donc une atteinte grave au principe de la transmission de la propriété par simple consentement. Il est, d'ailleurs, étrange de constater que, dans toute cette matière de la publicité, le législateur a agi, moins par disposition expresse que par répercussion de certaines exigences sur les situations juridiques. C'est ainsi que, par la non-transcription, l'acte n'était pas nul; mais il y avait des déchéances qui étaient attachées à cette négligence. Ici encore, l'on ne décide pas que tout acte se rapportant au crédit hypothécaire doit être solennel; mais seul l'acte solennel peut recevoir la consécration de la publicité.

Cette réforme a été critiquée, et nous reprendrons ces

1. Ducoin, *Essai critique sur le régime hypothécaire français et les livres français-alsaciens et la réforme du décret-loi* 1935.

critiques, sous l'angle du crédit seulement : il restera encore toute une catégorie d'immeubles dont la situation est indécise, et qui peut rendre le crédit hypothécaire moins sûr : les immeubles indivis. Aucune publicité n'a lieu tant qu'existe l'indivision puisque, seul, l'acte de partage est soumis à la publicité. Or il faut bien mettre en lumière le fait suivant : le crédit doit être un fait qui vise toutes les situations possibles lorsqu'il est fait en vue de la sécurité. Ce droit du crédit hypothécaire doit donc envisager toutes les hypothèses juridiques, sans quoi le crédit est affaibli. Sitôt en effet qu'un droit prévoit des cas précis d'intervention, et enlève par ce fait la liberté d'agir aux particuliers, sitôt qu'un droit veut assurer la sécurité directement, il est tenu de le faire totalement. Laisser ainsi, en dehors de ses dispositions, une catégorie d'immeubles, c'est enlever l'efficacité de la réforme pour le crédit.

En outre, l'on peut noter une autre critique, moins grave que le crédit, c'est la fraude dont un acquéreur négligent peut être l'objet, s'il a oublié de déposer l'acte sous seing privé chez un notaire.

Voici donc le point où s'est arrêtée la législation, laissant de côté de grandes améliorations qui seront résumées rapidement ici : il est tout d'abord nécessaire de rendre la transcription obligatoire. Ceci correspond à la remarque faite précédemment. Il faut compléter par une mesure positive ce qui entraînait seulement un risque jusqu'ici. Il faut décider que tout acte immobilier doit être un acte solennel. C'est bien la volonté des parties qui reste maîtresse du transfert ; mais il est nécessaire que la société soit avertie dans l'intérêt du crédit, car cet acte ne peut se concevoir que dans le cadre même où il se meut. C'est donc un fait de publicité de la volonté créatrice d'obligations. Celle-ci est renforcée, et c'est précisément le but poursuivi par cet ordre de crédit : peu importe le rétrécis-

sement de l'application, la plus grande difficulté de réaliser le crédit. D'autres moyens tendent vers cette voie, ainsi que nous l'avons recherché, ici nous devons trouver surtout l'extrême sécurité. C'est encore pourquoi, il faudrait pousser plus loin l'imitation du régime foncier allemand avec l'affirmation que l'acte authentique est nécessaire. De nombreux auteurs sont en ce sens. Pour affermir le crédit il ne convient pas seulement que l'acte constitutif d'hypothèque soit authentique mais encore l'acte de vente. L'on sait, en effet, le lien étroit qu'il y a entre eux. Enfin, quant à la publicité elle-même, il semblerait nécessaire de l'améliorer dans le sens de la création de registres fonciers, qui imiteraient les registres allemands.

Pour synthétiser toutes ces réformes, et pour leur donner une conséquence pratique, dans l'ordre du crédit, nous serons pleinement d'accord avec M. Ducoin pour penser que l'on doit créer la force probante de l'acte constitutif. Le principe de la force probante, est celui qui achève précisément cet édifice de sécurité. Il est celui qui donne son caractère même à l'acte de constitution d'hypothèque : celui-ci, fait pour prémunir contre toute surprise, doit être assorti de ce moyen qui permettra au créancier de se défendre infiniment mieux. Cette présomption générale d'exactitude sera l'arme définitive du créancier hypothécaire qui assurera ainsi la sécurité de son crédit.

Bien entendu tout ceci ne veut pas dire que, dans un autre sens, le crédit hypothécaire ne doit pas être assoupli et allégé. C'est ce que nous allons voir.

Section II.

Mobilisation de l'hypothèque.

C'est ici l'autre face de la question du crédit hypothécaire. Si celui-ci est, en général, destiné à être un crédit à

long terme, il ne faut pas non plus que ce soit une obligation pour le créancier de conserver cette hypothèque. Il se peut que le créancier ait besoin de son argent et qu'il fasse dès lors tous ses efforts pour rentrer dans les capitaux prêtés. Il ne peut pour cela s'adresser au débiteur pour exiger le paiement, mais il pourra négocier son titre hypothécaire sous certaines conditions.

Il existe une loi en droit maritime qui permet la constitution hypothécaire à ordre. C'est la loi du 10 juillet 1885 (article 12). Cette hypothèque à ordre était, évidemment, plus nécessaire en droit commercial qu'en droit civil. Dans le cas de l'hypothèque maritime, la loi prévoit que, si l'acte est reçu en minute ce sera la grosse délivrée au créancier qui constituera le titre hypothécaire. Ce sera la grosse qui circulera donc, de créancier en créancier, et qui portera les endossements successifs.

Une telle institution n'a pas été admise expressément par la loi civile, mais la jurisprudence est dirigée dans ce sens. Elle permet, en effet, que le titre soit rédigé en brevet, et que le créancier accompagne ce titre de la clause à ordre. Dès lors la créance tout entière circulera, munie de son hypothèque, par un simple endossement. De nombreux arrêts sont unanimes, et au cas où l'acte est dressé en minute, la solution indiquée plus haut est appliquée. Il semble donc qu'il n'y ait pas de difficultés. Le débiteur n'est sujet à aucun inconvénient, et le créancier, au contraire, peut disposer de son capital quand il le juge bon. Mais ceci se heurte à la progression du formalisme pour l'hypothèque et la vente et au fait que la créance ne peut être fractionnée. Si, en effet, la transmission des droits réels doit suivre les règles que nous avons vues, avec ce surcroît de formes et cette précision qu'exige la sûreté, il faut du moins se demander si l'on peut facilement transférer un droit d'hypothèque, il n'est pas indifférent en

effet de connaître le titulaire de la créance pour devenir soi-même créancier. Cependant, l'on doit constater que le courant est ici en sens contraire, et que l'on admet couramment l'emploi de titres au porteur comme titres hypothécaires, plus encore que nous ne l'avons vu plus haut. Ceci étant fondé sur le fait que les sûretés passent au créancier à qui le titre de créance est transmis. Les sûretés sont attachées au titre de créance, n'existent véritablement qu'en tant qu'il existe, et, par conséquent, le cessionnaire de la créance doit en profiter valablement. Le titre hypothécaire peut servir de moyen de paiement, mais il y a la difficulté du fractionnement. Il ne peut être fractionné, puisqu'il forme un tout. S'il était permis de diviser en billets de valeur égale cette créance, ce serait l'extrême de la mobilité, mais ceci entraîne de telles difficultés fiscales que l'on ne peut arriver à l'admettre, et d'ailleurs est-ce qu'une telle réforme présenterait une véritable utilité ? L'on peut, en douter et voici pourquoi, au point de vue du crédit ce système de mobilisation de l'hypothèque n'a pas un grand intérêt. Au point de vue pratique, il est très peu utilisé. Nous avons noté au début la seule utilité qu'il puisse avoir. Mais il n'en a aucune pour le débiteur. Celui-ci n'a pas plus de crédit de ce fait. Si, d'autre part, l'on doit orienter le crédit hypothécaire vers le crédit à long terme comme nous l'avons indiqué, ce n'est pas cette mobilisation qui entraînera le créancier à prêter de l'argent. Négocier son titre sera pour lui seulement une possibilité de pis-aller. L'utilité de la mobilisation des droits réels, c'est, comme nous le verrons plus tard, d'attirer les capitaux vers le sol, vers les campagnes en particulier. mais la mobilité de l'hypothèque ne poursuit pas ce but le moins du monde. Comme elle est conçue actuellement, elle est déjà bien assez largement admise, et il ne semble pas désirable de la faciliter. Au contraire peut-être devrait-on res-

treindre cette possibilité, qui, trop développée, pourrait être un danger pour le crédit hypothécaire, parce qu'elle lui enlèverait son principal caractère : la sûreté et la stabilité. Enfin, l'on doit bien constater qu'en fait, le crédit n'en est pas amélioré, parce que cette circulation des titres hypothécaires n'est pas étendue : « cette jurisprudence est bien mal connue en pratique, dit Planiol, car on se sert fort peu de ce moyen[1] » Et c'est un fait très naturel : l'hypothèque est, et reste, dans l'esprit public, un acte grave, stable, qui n'est pas fait pour changer de main. Vouloir transformer cette notion si répandue, c'est plutôt nuire au crédit, sous prétexte de lui donner de nouvelles possibilités.

Section III

L'hypothèque « de futuro ».

L'utilité de cette hypothèque paraît principalement à l'occasion du compte courant. Celui-ci, qui est un contrat particulier, se solde par une créance de l'une des parties. Créance qui présente les caractéristiques d'une créance pure et simple, immédiatement exigible. Il peut donc être utile de protéger cette créance par un moyen de crédit : caution, gage et aussi — l'on pourrait dire surtout — hypothèque. Nous prenons cet exemple du compte-courant, mais l'hypothèque peut-être également utile, pour d'autres créances futures.

L'on a fait à cette application des objections nombreuses qui ont été réfutées victorieusement, croyons-nous, par M. Fargeaud[2]. Les arguments proposés provenaient d'abord

1. Planiol, *Précis*, I, II, n° 2671.
2. Fargeaud, *Le compte courant et ses garanties*, 1935, p. 44.

du fait que l'hypothèque est un droit réel accessoire et qu'elle n'a donc pas d'existence distincte de l'obligation qu'elle garantit, et d'autre part, cette obligation doit avoir une cause d'existence suffisante. Si cette existence n'a pas lieu avant toute avance de fonds, l'obligation est plus que conditionnelle. Mais ceci est erroné d'après M. Fargeaud et provient d'une erreur relative à la véritable nature du compte courant qui remplit bien les conditions exigées pour qu'il puisse y avoir hypothèque : étant un contrat synallagmatique donnant naissance à une obligation conditionnelle. Mais n'est-elle pas incertaine? Or, l'article 2132 exige que la somme soit certaine et déterminée par l'acte. Ici, il faut interpréter « certain » au sens de « ayant une cause juridique précise ». Certain ne veut pas dire : existence certaine, puisque la loi admet des créances conditionnelles dans le régime hypothécaire. Mais nous avons vu aussi que la valeur certaine de la créance doit être une condition de l'hypothèque. Doit-on faire fléchir le régime entier pour l'intérêt de cette hypothèque de dette future? Ceci est impossible. D'une part, l'inscription ne peut être éludée, d'autre part l'engagement d'un immeuble pour une somme indéterminée est inadmissible : en effet, non seulement le créancier n'aurait pas de garantie effective si d'autres créanciers surviennent et font valoir leurs droits préférentiels, car aucun montant n'est réservé à ce créancier. Ces créanciers, en outre, peuvent être primés par leur concurrent au delà de leurs prévisions, et ceci conduit à dire que, en fait, sitôt qu'une hypothèque de montant indéterminé péserait sur le débiteur, son immeuble deviendrait, en fait, indisponible. C'est pourquoi le Code décide que cette hypothèque devra être inscrite jusqu'à concurrence d'une valeur estimative déclarée par le créancier, et que le débiteur pourra faire réduire. Ceci a pour but essentiellement de prévenir les tiers de la situation de

l'immeuble. Mais il n'en reste pas moins que la cause de la créance future résultant du compte courant étant dès à présent connue et déterminée, l'hypothèque peut être valable. Le fait que l'on ne connaît pas encore exactement le montant n'est pas un vice rédhibitoire. L'hypothèque peut donc être attachée à une obligation conditionnelle, ou même simplement éventuelle. L'application la plus courante de ceci est l'ouverture de crédit. C'est là une idée parfaitement admise que celle de l'hypothèque venant garantir cette dette future, et qu'elle est valable dès le jour de la constitution. L'inscription peut se faire sur le champ, au moment donc où aucune avance n'a encore été faite au crédité. Cette question a été complètement approfondie. Les motifs de cette décision sont d'une portée générale, et nous les rappellerons rapidement : il est nécessaire a-t-on dit de donner au créancier éventuel une garantie qui ne soit pas purement illusoire. D'autant plus qu'un contrat de cet ordre devient de plus en plus habituel, et, engendre, nécessité de prévenir les tiers. Enfin, il y a caractère synallagmatique du contrat principal. Il nous faut insister sur cette nouvelle notion fondamentale pour définir ce moyen de crédit : la condition de fond en effet pour la constitution d'une hypothèque est qu'elle soit précédée par une obligation valable. C'est afin d'empêcher le système de la mobilisation que le Code a exigé cette condition. L'hypothèque sur soi-même est interdite, mais ce n'est pas à ce résultat que conduit l'hypothèque sur obligation future : en effet, il n'y a pas détachement du crédit et de l'obligation qui doit être assurée, il n'y a pas un crédit abstrait, mais étant donné qu'il y a un créancier, fût-il éventuel, précédant la création du contrat de crédit, celui-ci reste parfaitement valable. Donc au point de vue du fond du droit, les choses sont simples. Mais il reste à voir, comment la doctrine et la jurisprudence accueillent cette hypo-

thèque *de futuro*, puis comment elle peut entrer dans le cadre des dispositions prévues par la loi sur la publicité, enfin quel est son rapport avec le crédit.

Les opinions des juristes cités par M. Fargeaud, au sujet du compte courant garanti semblent montrer que la plupart d'entre eux sont favorables à l'hypothèque future, quant à la jurisprudence elle est unanime sur la question de l'ouverture de crédit, à reconnaître la validité de l'hypothèque *de futuro*. Cette solution était admise dès 1831 par la Cour de cassation (S. 31.1.371) et a toujours été maintenue. En outre les juges ont étendu cela à l'ouverture de crédit faite en compte courant, et ils ont pris en considération le fait de l'existence de cette convention de compte courant, et ont fait porter l'hypothèque sur le solde, ainsi qu'il était naturel. Le premier arrêt en ce sens est de 1852 (Cass. civ., 22 mars 1852, D. P. 1852.1.87). Enfin la jurisprudence adopte des solutions analogues au cas où un compte d'entrées et sorties est établi entre un marchand de boissons et l'administration des contributions indirectes. Le compte peut être garanti par une hypothèque (Cass. civ., 18 nov. 1908, D. P. 1910.1.265). En conséquence l'on peut donc dire que l'hypothèque *de futuro*, admise par la jurisprudence dans des cas déterminés, peut être considérée comme admise en principe.

Donc l'hypothèque *de futuro* étant valable, comment peut-elle être soumise à la publicité et aux règles générales que nous avons vues, quant à la forme. L'acte constitutif doit rappeler que l'hypothèque est fondée sur une créance existante, et indiquer la cause de la créance éventuelle. Cette mention de la cause qui est d'ailleurs nécessaire pour la création d'un compte courant, est précisément ce qui justifie la possibilité d'une hypothèque en ce cas, ainsi que nous l'avons vu. De plus, pour obéir à la loi, il ne faudra pas se borner à indiquer dans l'acte d'inscription, le mon-

tant maximum de la créance, mais aussi dans l'acte constitutif, il faut préciser jusqu'à quel montant l'immeuble est affecté en garantie. Ceci a une utilité fiscale, et l'indication dans l'acte d'inscription est nécessaire à cause des créanciers futurs, et du crédit du débiteur. Les conditions remplies, l'hypothèque *de futuro* se ramène exactement à une hypothèque ordinaire, pas plus dangereuse qu'une autre.

Quelle est alors l'utilité de cette hypothèque pour le crédit en général? Elle est un élargissement vraiment utile, parce qu'elle s'applique à des cas où en fait une autre sûreté serait impossible. Pour une créance à montant relativement indéterminé, et dont l'exigibilité dépend d'une condition dont la réalisation sera plus ou moins tardive, il est difficile de trouver une sûreté correspondante. Un gage est en général insuffisant, et une caution ne s'engagera que pour une somme fixe le plus souvent, d'autre part, ce sont des contrats faits pour peu de temps. Le gage ou la caution ne sont pas faits pour des prêts à long terme, et l'on peut supposer que la créance conditionnelle ou éventuelle est de cet ordre. Pour le cas du compte courant, en tout cas, il n'y a pas de doute. Ainsi c'est l'hypothèque qui paraît être la sûreté idéale pour cette espèce de créances, et c'est elle qui seule peut satisfaire pleinement les créanciers éventuels par sa stabilité et la garantie effective donnée par la publicité.

Section IV

L'hypothèque légale.

L'hypothèque légale est attribuée de plein droit à certaines personnes que la loi veut favoriser spécialement, sans qu'il y ait besoin d'un acte constitutif. Dans le régime

du Code elles sont générales et occultes. Nous leur voyons un double aspect sous l'angle du crédit, mais cet aspect est complexe : tout d'abord elles augmentent la sécurité du créancier, seulement il faut encore voir si c'est bien un fait de crédit, et d'autre part, elles diminuent considérablement le crédit du débiteur.

L'hypothèque légale est donnée à la femme et au mineur, parce qu'ils paraissent tout spécialement dignes d'intérêt et sans défense. Si nous prenons comme exemple l'hypothèque de la femme mariée : elle porte sur tous les biens immeubles du mari sans exception, acquis avant, pendant ou après le mariage, et l'œuvre de la jurisprudence a été dans le sens de l'extension de ses pouvoirs, puisque plusieurs arrêts ont décidé que même lorsque la femme renonçait à la communauté elle avait une hypothèque sur les acquêts. A l'inverse lorsque la femme accepte la communauté, son hypothèque ne porte pas sur les acquêts. Cette décision est motivée par des raisons d'ordre juridique qui ne peuvent concerner le crédit, nous ne la retiendrons donc pas. Cette hypothèque sert à la femme pour garantir toutes ses créances nées du mariage, dot, reprise des apports, avantages matrimoniaux, etc... Elle est donc très étendue.

La loi a prévu des cas où l'on pouvait réduire l'hypothèque légale gênante : tout d'abord au cas de faillite du mari, seuls les immeubles possédés par le mari avant le mariage ou acquis depuis à titre gratuit, pourront être grevés de l'hypothèque, mais ceci n'a nullement en vue le crédit, c'est une mesure destinée à éviter une fraude bien compréhensible. Sans doute le crédit souffre de toute fraude, mais il souffre beaucoup plus de dispositions législatives inconsidérées. En outre, il peut y avoir restrictions à l'hypothèque légale par le contrat de mariage ou par décision du tribunal, mais ceci n'est pas fait pour simplifier la situation créée dans le crédit par cette hypothèque. Enfin

la femme peut renoncer à son droit au profit de l'acheteur de l'immeuble, peut intervertir le rang de son hypothèque en donnant un tour de faveur à tel créancier, et enfin peut subroger un tiers dans ses droits. Telle est la situation en grandes lignes de la femme mariée. Examinons les conséquences de cette hypothèque légale, et ces conséquences pourront être généralisées à toutes les hypothèques légales.

1° **L'hypothèque légale, source de crédit.** — Sans doute elle remplit ce rôle au profit de la femme. Celle-ci n'a pas d'autres moyens de crédit que les créances qu'elle peut avoir contre son mari, en dehors bien entendu des biens qu'elle se réserve selon son contrat de mariage. Mais encore, ceux-ci sont moins de véritables biens permettant le crédit, que des biens à revenu intéressant pour leur usage immédiat. En effet, le créancier de la femme préférera compter sur les biens que la femme aura au moment de la dissolution du mariage, sur les créances qu'elle recouvrera et sur les garanties de ces créances dans lesquelles il pourra être subrogé, plutôt que sur les biens actuels de la femme, qui ne peuvent être engagés qu'avec bien des restrictions. Donc l'hypothèque légale joue en ce sens, mais en ce sens seulement, un rôle dans le crédit de la femme. L'on peut dire que c'est elle uniquement qui assure ce crédit parce que c'est sur elle que le créancier peut compter pour se faire payer. C'est évidemment la protection la plus efficace du droit de la femme vis-à-vis de son mari, et le créancier ne recherche pas autre chose que la sécurité des droits de la femme sur lesquels il pourra se payer. L'on peut évidemment se demander l'utilité que cela pouvait représenter jusqu'à ces derniers temps, puisque la femme était incapable; elle n'avait pas besoin d'un crédit développé (crédit comparable à celui du fils de famille sur ses « espérances »). Mais aujourd'hui il est curieux de voir quel sera l'effet de

l'accroissement de capacité de la femme, il est probable que cela entraînera une extension de l'utilité de l'hypothèque légale, et surtout des cessions et des subrogations de priorité. Car c'est là le moyen de crédit, direct, que la femme possède. Elle peut grâce à ces actes, dont la solennité fait d'ailleurs penser à la constitution pure et simple d'une hypothèque, obtenir du crédit de son créancier, en lui fournissant une sûreté, qu'elle ne pourrait lui donner sans cela. Cette sûreté est d'ailleurs particulière, puisqu'elle porte sur des biens qui n'appartiennent pas à la femme. Il y a là encore une sorte d'hypothèque *de futuro* qui est créée; celle-ci n'existera que si la femme est créancière de son mari à la dissolution du mariage, et le créancier qui a été subrogé n'aura de droits, qu'autant que la femme en aura.

2° **La femme dans ses rapports avec son mari, quant à l'hypothèque légale.** — Est-il possible de dire que cette hypothèque représente pour la femme un élément de crédit : sans doute, dira-t-on que, pour la femme, c'est le moyen d'assurer son paiement que la loi a créé, et c'est précisément parce que la femme ne pourrait pas se défendre ou qu'elle serait portée tout naturellement au début du mariage à ne pas exiger de garantie. Mais, pouvons-nous dire, au sens où nous avons pris à plusieurs reprises, crédit et droit du crédit, que l'hypothèque légale en est un élément? Certainement non. Elle ne vient pas servir de moyen de crédit. L'on pourrait presque dire au contraire, comme nous le verrons. Parce que ce n'est pas une technique destinée à développer le crédit du mari vis-à-vis de la femme (or un moyen de crédit est le moyen par lequel le débiteur engage son patrimoine, afin d'attirer les prêteurs). Sans l'hypothèque légale, le droit resterait le même, et la femme ne contracte pas, ne donne pas sa dot, parce qu'il y a l'hy-

pothèque légale. Elle est une prévision sage peut-être du législateur, elle n'est sûrement pas ce moyen de crédit qui vient s'ajouter à un contrat au gré des parties, pour assurer la sécurité du créancier. Il faut pour qu'il y ait vraiment emploi d'un moyen de crédit, que cet emploi engage à contracter, et que les parties soient libres de l'organiser comme elles l'entendent. Il n'en est rien ici. Et ce qui suffit à l'écarter d'ailleurs de cette catégorie juridique, c'est que, dans des matières comme la dot, la tutelle, le legs, les matières de droit public où l'on rencontre cette hypothèque légale, nous ne trouvons absolument aucune idée de crédit. Et nous rencontrerons alors ici pour la première fois une distinction que nous développerons à l'occasion des privilèges : il y a certaines branches du droit du crédit destinées seulement à permettre la sécurité des créanciers sans qu'il y ait pour conséquence une amélioration du crédit, car celui-ci est indépendant des créances contractées.

3° **Le crédit du débiteur et l'hypothèque légale**. — On peut affirmer sans aucun doute que le crédit du débiteur grevé d'une hypothèque légale est extrêmement atteint. Il y a là une des critiques les plus graves que l'on puisse faire à cette hypothèque légale parce qu'elle est générale et occulte. Nous savons que l'on peut spécifier les biens sur lesquels elle portera, mais cela est insuffisant parce que les autres biens restent dans l'ombre. Par le contrat de mariage, et les restrictions postérieures, l'on peut connaître les biens qui sont hors de l'hypothèque, car il y a publicité pour ces dispositions, mais il manque toute publicité pour les biens grevés. C'est là l'un des premiers vices de ce système, car c'est un danger dont nous avons parlé, pour les tiers, que de ne pouvoir se renseigner sur la situation des biens. Les tiers sachant que l'homme est marié, savent bien de ce fait qu'il y a une hypothèque à redouter sur ses

biens, mais ils ne peuvent savoir à quel point ils sont engagés. Et c'est là l'important. La publicité ici serait nécessaire pour limiter l'engagement des biens du mari. A son défaut, les tiers confiants pourront prendre sur ces biens une hypothèque pratiquement sans valeur si la créance de la femme est considérable, et les tiers défiants refuseront ce moyen de crédit, même si la créance de la femme est minime. L'on a bien mis en avant l'usage des conventions que nous avons indiquées : la femme renonçant au profit d'un tiers à son hypothèque sur certains biens, ou simplement au rang de son hypothèque. Remarquons tout d'abord que c'est malgré tout une entrave au crédit du mari par les formalités exigées, qui viennent accroître les difficultés de constitution du crédit réel. Et même dans le cas où la femme renonce ainsi à son droit, peut-on dire que c'est un remède ou même un avantage pour le crédit du mari comme certains auteurs l'ont dit[1] ? Le mari reste quand même soumis à l'impression générale défavorable que crée l'hypothèque tacite. Et même lorsque la femme renonce à son droit, l'avantage pour le créancier est peu considérable, puisqu'il reste primé par toutes les hypothèques antérieures. Alors, dit-on, intervient la cession de rang. La femme cède sa place au créancier postérieur, et celui-ci passe ainsi avant les autres créanciers hypothécaires. Mais il faut envisager les choses dans la réalité; l'on ne peut considérer cela comme un excellent moyen de crédit, ce sera, dans la plupart des cas, l'œuvre d'un mari aux abois, qui, ayant épuisé tout son crédit, et engagé tout ce que valent ses immeubles, usera de ce dernier moyen en substituant à sa femme un autre créancier qui acceptera de prendre ce premier rang. Mais est-ce là justement favoriser le crédit ? N'y a-t-il pas en quelque sorte une injustice :

1. Planiol, *Manuel*, II, n° 3455.

tout d'abord si la créance de la femme est limitée, l'on ne peut faire porter ce transfert d'hypothèque sur une valeur supérieure, sans cela il y aurait injustice flagrante pour les autres créanciers qui ont contracté en tenant compte de cette limitation. En outre, même sans limitation, n'y a-t-il pas une certaine fraude, toujours recouverte par cet acte: l'hypothèque de la femme est générale, c'est-à-dire porte sur tous les immeubles du mari. Les créanciers qui ont pris une hypothèque sur l'un des immeubles ont escompté que la femme se paierait sur un autre, et voici que par la subrogation de son hypothèque, la femme donne à un créancier postérieur un rang antérieur aux autres, spécialisant brusquement son hypothèque sur tel immeuble, au profit de ce dernier créancier, et conservant la sienne sur les autres immeubles?

Dans tous les cas, il nous semble donc que l'hypothèque légale ne soit pas un bon moyen d'assurer le crédit de la femme et qu'elle soit nuisible au crédit du mari.

A cette question pourrait se rattacher l'étude des hypothèques privilégiées, mais elle sera plutôt englobée dans l'étude des privilèges, dont elles comportent la plupart des inconvénients.

Section V.

Les hypothèques privilégiées et les privilèges.

La première question que pose le privilège est celle de sa nature juridique. C'est de là que l'on doit partir pour résoudre toutes les autres questions relatives au crédit. L'on a pris, en effet, l'habitude de classer les privilèges parmi les moyens de crédit, et dans le droit du crédit. L'on doit alors se demander si nous sommes bien en présence d'un instru-

ment de crédit, et, d'autre part, si le privilège n'entraîne pas de graves difficultés dans ce sens. En effet, le privilège est occulte et nous étudierons sur un point précis, après des indications générales, les dangers que cela présente.

La question de la nature du privilège a été longuement discutée, et elle importe au plus haut point, pour savoir l'influence du privilège sur le crédit. Il faut d'abord remarquer que cette notion est essentiellement différente de tout ce que le droit du crédit présente comme moyens de crédit. Nous sommes, en effet, en présence d'une préférence accordée au créancier, non pas en vertu d'une précaution qu'il aurait prise, non pas en vertu d'un acte de sa volonté, mais parce que la loi a ainsi caractérisé sa créance. Que ce droit ne puisse être qualifié de droit réel, et qu'il ne soit pas davantage un droit de créance, c'est ce qui nous paraît évident, après la démonstration qu'en a faite M. Bonnecase (*Précis*, II, n° 882-599). En outre M. Bonnecase établit fermement que nous sommes en présence d'une qualité de la créance purement et simplement, et ce au moyen des termes mêmes de la loi. C'est la créance qui est avantagée, exclusivement à toute autre chose, par l'existence du privilège. Il ne s'agit point d'un droit de préférence comparable à celui d'un droit réel. Ici il y a attribution d'un droit spécial au profit du créancier, au moyen de la spécification et de l'affectation d'une partie du patrimoine du débiteur. Au contraire, dans notre cas, nous ne trouvons rien de semblable, et le fait que le créancier est payé le premier provient de la qualité de sa créance. Cette qualité peut être donnée directement par la loi à la créance ou indirectement, lorsque c'est la garantie de cette créance qui est privilégiée, comme l'hypothèque privilégiée, et les privilèges fondés sur l'idée d'un gage. Enfin le privilège peut être aussi un droit que possède le créancier d'agir en vue d'affermir sa créance; mais là encore c'est une qualité

de la créance qui donne naissance à ce droit. Nous pensons ,ici, au privilège constitué par la séparation des patrimoines.

Il n'est pas utile pour poursuivre cette étude du privilège en rapport avec le crédit, de distinguer entre les privilèges généraux et spéciaux. Les questions qui nous occupent sont d'un tout autre ordre que la question de réglementation, classement à faire dans les privilèges, etc. La notion de privilège est une. Envisagés selon le crédit, nous devons plutôt voir successivement, les privilèges attachés directement à la créance, les privilèges attachés à la garantie de la créance, et la séparation des patrimoines.

Le privilège tel que nous venons de le décrire, peut-il être appelé un moyen de crédit? Et cela peut-il même favoriser le crédit? Nous nous trouvons ici encore en présence d'un phénomène juridique, comparable à celui constaté pour l'hypothèque légale. Ici encore c'est la loi qui considère que certains individus doivent être payés les premiers, soit parce qu'ils risqueraient de ne pas l'être (frais d'enterrement, de dernière maladie...), soit parce qu'ils sont dans un état d'infériorité vis-à-vis de leur débiteur, et que leur situation est particulièrement intéressante (gens de service, accident de travail, etc.), soit parce que l'acte du créancier a permis sans aucun doute possible une création de richesse au profit du débiteur (architecte, vendeur de graines, d'engrais). Que les privilèges créés par la loi puissent être parfaitement justifiés, cela ne fait pas de doute; mais encore faudrait-il voir s'ils peuvent être justifiés au nom du crédit : le fait de donner au simple créancier chirographaire un rang préférentiel ne lui donne pas de ce fait un moyen de crédit au sens où nous l'avons pris jusqu'ici, puisqu'il n'y a pas un droit spécial ajouté à son droit de créance, ni droit réel, ni droit personnel, il reste un créancier chirographaire pur et simple, avec une

faveur que tous les créanciers chirographaires n'ont pas, mais cette faveur n'est pas l'essentiel du contrat. Nous pouvons consolider cette thèse en rappelant que seule la loi peut créer des privilèges, qu'une créance nommée à ce titre par la loi, est automatiquement privilégiée. Il n'est pas aux mains des parties d'ajouter cette sûreté ou non et c'est pourtant là, nous l'avons montré, l'essentiel du crédit compris comme un droit particulier.

En outre, pouvons-nous croire que les créanciers, lorsqu'ils contracteront, seront poussés au contrat par le fait de ce privilège? Si l'on considère les vendeurs de graine, les médecins, les gens de maison, etc., en un mot ceux que la loi veut ainsi protéger, l'on peut s'apercevoir rapidement qu'il n'en est rien : ces privilèges contrairement aux autres droits du créancier chirographaire (rétention, etc.) ne sont certainement jamais des causes additionnelles à la volonté de conclure un contrat. Le créancier, s'il a des difficultés pour se faire payer, trouvera cette faveur, mais ce sera sans plus une simple facilité. Donc la loi en créant cet ordre de privilège n'a pas créé de moyens de crédit, et n'a pas encouragé le crédit lui-même, nous semble-t-il.

Peut-on en dire autant des privilèges portant sur un moyen de crédit. Privilège ressortissant à la notion de gage par exemple : pour celui-ci nous en avons abondamment traité dans la question du gage, il nous reste ici seulement à voir l'hypothèque privilégiée : celle-ci est une sorte d'hypothèque légale au profit du vendeur d'immeubles ou du copartageant, hypothèque légale qui reçoit un rang de paiement privilégié. Ces hypothèques subissent déjà, du point de vue du crédit, les mêmes critiques que toutes les hypothèques légales, moins, sans doute, la critique de sa généralité. Elles sont spéciales, et, par conséquent, échappent à cette importante critique, portée plus haut : les hypothèques légales grevant tout un patrimoine, por-

tent atteinte au crédit total de ce débiteur. En dehors de cela le raisonnement appliqué plus haut pour les simples privilèges s'applique aussi; il n'y a pas changement de nature du privilège, en effet, et tout ce que nous en avons dit est valable. Il n'y a pas, en réalité, création d'un élément de crédit puisque le droit réel lui-même, qui naît du fait du privilège, naît *ipso facto* du contrat lui-même, sauf pour le gage, mais nous ne revenons pas sur cette question. Donc pas plus que dans le cas précédent, il n'y a là un moyen technique de crédit qui soit mis à la disposition des parties. Toutefois, il est plus probable qu'il y ait ici un élément d'encouragement du crédit. Si l'on considère la situation du vendeur d'immeubles en particulier, l'on doit estimer que son droit est suffisamment important pour qu'il soit véritablement une garantie que le vendeur a prise en considération au moment de vendre. Nous pensons seulement ici au fait du citoyen moyen, et l'on peut constater que, alors que les privilèges en général lui sont inconnus, le droit que conserve le vendeur d'immeuble est parfaitement envisagé par tous ceux qui opèrent de telles ventes. Donc nous avons là un élément de faveur du crédit. Mais il n'en est pas de même pour le privilège du copartageant; encore une fois, comme pour les privilèges simples, il est aisé de justifier ce privilège, mais point par des raisons de crédit.

Il en est incontestablement de même pour le privilège de séparation de patrimoine. Mais ici les choses sont un peu plus compliquées.

Il faut voir d'abord ce qu'est la séparation de patrimoine, puis l'adjonction du titre de privilège à celle-ci. Cette séparation de patrimoine doit représenter le dernier effort de la loi, afin d'assurer le paiement des dettes, après avoir donné un certain nombre de droits au créancier chirographaire sur le patrimoine de son débiteur vivant, la loi

veut lui donner ce dernier droit lorsque le débiteur est mort : si l'héritier est insolvable, les créanciers peuvent réclamer la séparation des patrimoines, c'est-à-dire exiger d'être payés sur le patrimoine du défunt, exclusivement à tous les créanciers de l'héritier. C'est là le dernier recours que les créanciers pourront avoir, mais recours bien défectueux, puisqu'ils seront en grande partie laissés à eux-mêmes pour résoudre cette question, et répartir le patrimoine du *de cujus*. Toutefois cette possibilité du créancier chirographaire représentait un tel avantage que, au cours du XIX^e^ siècle, l'on s'est efforcé de l'étendre, tout d'abord l'on a appliqué de plus en plus la séparation des patrimoines au bénéfice d'inventaire de l'héritier. Cette acceptation qui avait été créée dans le seul avantage de l'héritier, se transforme petit à petit dans le sens d'un avantage au profit des créanciers : La jurisprudence décide, en effet, que sur le patrimoine du défunt, l'on va établir une préférence au profit des créanciers successoraux, contre les créanciers personnels de l'héritier bénéficiaire (C. cass., 1833; D. 1833.1.730). Il reste bien entendu une différence entre ces deux séparations de patrimoine[1] : dans l'une, la séparation principale, le créancier possède un droit exclusif sur le patrimoine du *de cujus*, et il exclut le créancier personnel de l'héritier, mais ce dernier ne peut pas faire jouer la réciproque à son profit. Ici la séparation des deux masses a joué au profit du créancier de la succession, mais non au profit du créancier de l'héritier. Au contraire, dans l'autre, séparation accessoire au bénéfice d'inventaire, le créancier du défunt n'a de droit que sur la masse successorale, et il est éliminé par le créancier personnel sur les biens de l'héritier.

1. Aussel, *Les améliorations apportées par la jurisprudence à la liquidation des successions bénéficiaires.*

Dans le même sens, la jurisprudence a étendu le pouvoir du créancier de la succession, décidant que la séparation des patrimoines survivait au profit des créanciers héréditaires, au cas de déchéance ou de renonciation de l'héritier, et, poussant toujours plus loin, l'on a encore admis que la séparation des patrimoines engendrée par l'acceptation bénéficiaire, existe à l'égard des cohéritiers, qui, eux, avaient accepté purement et simplement. L'inventaire empêche dorénavant confusion entre les deux patrimoines (Req., 11 déc. 1854; D. 55.1.49).

Tout cet effort de la jurisprudence nous amène à une évolution dans un double sens au profit des créanciers, et pour avantager le crédit : tout d'abord elle amène peu à peu à créer un véritable privilège pour les créanciers successoraux, puis elle arrive à faire de cette séparation des patrimoines, une véritable procédure de liquidation générale. Maintenant, nous envisagerons seulement la question du privilège. La question se pose ainsi : le créancier chirographaire successoral, a-t-il un privilège par rapport aux créanciers de l'héritier, c'est-à-dire sur les immeubles une hypothèque avec droit de suite, et certains droits accessoires, comme celui de la surenchère du 1/10 en cas d'adjudication. Au premier abord, il semble inadmissible que le simple créancier chirographaire puisse ainsi se transformer en créancier hypothécaire, aussi facilement, et c'est pourquoi la plupart des auteurs ne semblent pas admettre cette idée; il y a dans le Code un article qui semble condamner ce droit de suite. Et, cependant la jurisprudence a bien considéré cette faveur comme un privilège. La Cour de cassation est revenue à cette notion en 1924, après que les Cours d'appel avaient commencé à ne plus l'appliquer (C. civ., 5 déc. 1924, D. 1925.1.64). Il semble donc que, en fait, cette idée de privilège doive être appliquée. Mais elle correspond à une réalité certaine, non seulement parce que son

utilité est incontestable, mais encore parce que nous retrouvons tous les caractères du privilège dans la séparation des patrimoines. Sans doute ne peut-on créer un privilège par sa seule volonté, mais il y a plus ici que la simple volonté, celle-ci ne fait que mettre en mouvement les dispositions légales. L'on ne peut pas dire que le créancier chirographaire se transforme à son propre gré en créancier hypothécaire. Il faut considérer que la situation n'est plus du tout la même. Le créancier n'a plus en face de lui son débiteur primitif, avec lequel il a contracté. Lui accorder ce privilège, c'est lui donner un moyen de plus de se protéger d'un fait qu'il n'était pas juste de prévoir dans le contrat. Il y a un aléa nécessaire dans tout contrat, mais ici la situation est toute nouvelle. Du point de vue du crédit, il est inadmissible d'obliger le créancier à prévoir cet événement, l'insolvabilité de l'héritier. Il ne peut pas entrer dans les situations de famille, avant la mort de son débiteur. Il est inadmissible d'exiger des sûretés d'un débiteur solvable, en prévision de cet événement. Et cependant laisser le droit créé par le Code, comme un simple droit de préférence, c'est enlever une grande partie de la sécurité qui pourrait être accordée. Il suffit de penser à la vente des immeubles par l'héritier, avant que les créanciers aient su son état d'insolvabilité. Quant à la transformation de titre qui s'opérerait au profit du créancier, elle n'est que la conséquence d'un acte de sûreté que le créancier fera. Donc, il semble qu'à tous points de vue, cette idée jurisprudentielle, doit favoriser le crédit. Et ceci se rattache alors beaucoup plus aux droits généraux du créancier chirographaire, qu'aux privilèges en eux-mêmes, par l'intérêt que cela présente pour le crédit. Et de plus cette idée se rapproche de l'idée d'une liquidation globale du patrimoine du défunt, comme nous l'avons dit, et, par conséquent, doit être envisagée comme une conséquence de

l'institution de la faillite civile. Ce « privilège », tient donc une place très à part entre les privilèges, mais il est soumis à une des critiques que l'on peut faire à tous les privilèges : leur caractère occulte. C'est là, en effet, sous l'angle du crédit, l'influence très mauvaise des privilèges sur le crédit, le caractère occulte qui empêche un créancier de savoir l'état véritable de la fortune de son débiteur. Laissant de côté le privilège du vendeur d'immeuble, nous voyons cet inconvénient dans les privilèges généraux, dans le privilèges de séparation des patrimoines, et dans certains privilèges que nous étudierons plus loin.

On fait valoir que les créances garanties par les privilèges généraux sont minimes, les frais d'une inscription sont inutiles. Et que, d'autre part, les créanciers doivent toujours s'attendre à un tel passif. En outre, l'on admet que la dispense n'existe que pour le droit de préférence et que les créanciers qui voudront exercer leurs droits sur les immeubles, en vertu de leur privilège, devront l'avoir fait inscrire. Or, en pratique, cette inscription n'est jamais prise, et, par conséquent, les créanciers privilégiés n'ont jamais de droit sur les immeubles. Cette interprétation nous paraît doublement inadmissible : si la loi avait voulu faire cette distinction, elle n'aurait pas créé de privilèges généraux. L'on ne comprend pas pourquoi le privilège correspondant à une notion unique doit être traité différemment selon qu'il se rapporte directement ou indirectement au droit de créance. C'est-à-dire qu'il porte sur la créance même ou sur la garantie de celle-ci. Si le but de la loi avait été de faire porter le privilège général sur les meubles seuls, elle l'aurait assimilé aux privilèges mobiliers. De plus, l'on ne peut pas expliquer pourquoi le créancier privilégié, préféré aux créanciers, ne l'est pas contre l'acquéreur de l'immeuble. Il y a là une notion fausse, parce que l'on mélange la théorie juridique à la pratique. Que

dans la pratique, les créanciers qui ont des privilèges généraux soient des petits créanciers, qu'ils ne se fassent pas payer sur les immeubles, c'est vrai dans la plupart des cas. Mais il n'en reste pas moins certain : 1° qu'ils ont un droit de préférence sur l'immeuble (et même sans admettre le droit comme le fait Planiol, notre critique porte aussi bien) au et qu'ils peuvent se faire payer sur lui; 2° que ce droit, moins de préférence, est occulte.

Donc le créancier hypothécaire n'est jamais absolument sûr de son rang, et même, si l'on ne considère que le créancier chirographaire, il y a un passif qui n'est constaté par rien, et qui peut le surprendre lourdement, c'est le passif constitué par les privilèges mobiliers. Le caractère occulte est, par conséquent, une entrave certaine pour le crédit. Mais dira-t-on, ce passif est, en général, faible. Nous n'en croyons rien pour des cas comme les indemnités d'accident de travail, privilèges des frais de justice, ou du bailleur d'immeuble. Et dans un autre ordre d'idées, nous allons saisir sur le vif le danger de tels privilèges. Nous voulons parler après M. Fargeaud, des privilèges publics, occultes comme les autres, à propos des délégations de marché[1]. Sans doute est-ce une matière de droit public et commercial, mais l'exemple qu'elles offrent est saisissant au plus haut point.

Dans la délégation de marché, l'entrepreneur affecte au profit exclusif de son bailleur de fonds, et en garantie des sommes qu'il lui doit ou lui devra, du fait de l'ouverture de crédit qui a lieu, la créance qu'il a sur une administration publique ou privée, en vertu d'un contrat de fournitures ou de travaux. Cette délégation qui peut être une sûreté parfaitement efficace perd presque totalement sa valeur, en tant que sûreté, parce que des créances pri-

1. Fargeaud, *Les délégations de marché et le danger des privilèges occultes.*

vilégiées pourront passer devant la créance déléguée, sans qu'il y ait aucun moyen de s'assurer de leur existence.

Ce sont les privilèges des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, et des fournisseurs des administrations de guerre. En tout état de cause le privilège du Trésor.

Ces privilèges ne sont soumis à aucune condition spéciale de forme. Une simple opposition ou une autre manifestation de volonté de celui qui veut l'invoquer suffit. Pour le second privilège, il faut, mais il suffit, que le créancier ait fait liquider sa créance dans la limite des délais fixés par l'administration. Il y a donc là une intervention on ne peut plus « brutale » comme la qualifié M. Fargeaud, des créanciers privilégiés. Et encore en admettant le privilège des ouvriers parce que leur créance a un caractère quasi-alimentaire, et celui du trésor, le privilège des sous-traitants n'en reste pas moins difficilement justifiable. Quoi qu'il en soit, il faudrait organiser une publicité de ces privilèges. L'on comprend aisément que, sans elle, la garantie que peut fournir une délégation de marché devient inefficace, non pas en elle-même, mais pour le crédit. Non pas en elle-même parce que la délégation peut remplir son rôle au cas où il n'y a pas de privilèges, mais pour le crédit, car la méfiance causée par le privilège subsistera, qu'il en existe en réalité ou non.

L'on voit par cet exemple le danger du caractère occulte des privilèges.

Nous avons ainsi analysé, du point de vue du crédit, l'action des privilèges, et avec eux, nous terminons l'étude du crédit réel.

DEUXIÈME PARTIE

La notion de crédit

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Nous avons étudié les divers moyens de la technique juridique du crédit en droit civil actuel. Nous avons dit qu'ils constituent le droit du crédit. Il faut comprendre par ce mot les modes d'expression de la notion de crédit. C'est ainsi que, décrivant et critiquant les éléments de notre crédit civil actuel, nous avons indirectement élaboré l'étude de la notion même de crédit. Nous ne voulons pas dire en effet que cette notion n'est que l'abstraction des moyens techniques du crédit, mais bien que le droit du crédit considéré comme une forme du droit existant correspond à une réalité philosophique supérieure et permanente sous ses diverses expressions.

Le crédit se trouve être, en effet, comme nous le laissions entendre dans notre introduction, une notion qui a ses fondements dans la psychologie, la sociologie et le droit et qui trouve sa réalisation dans des moyens techniques propres à satisfaire les besoins de crédit. Il semblerait donc que nous ayons interverti l'ordre naturel en étudiant d'abord les moyens techniques, et venant ensuite à la notion de crédit. Mais nous ne devons pas oublier que nous avons pour but de déterminer non pas la notion philosophique, permanente et générale du crédit, mais cette notion en droit civil français actuel, c'est-à-dire, en quelque sorte, le crédit tel qu'il est actuellement conçu, tel qu'il se manifeste dans ses formes, tel que nous en ressentons le besoin.

Il était dès lors naturel, afin de limiter notre analyse de cette notion, de voir quelles étaient ses formes actuelles. Mais alors l'on peut objecter que nous risquons d'en tirer une notion partielle du crédit, sans intérêt pour la critique des moyens de crédit actuels. Mais à ceci l'on peut répondre,

ainsi que nous l'avons déjà fait, en disant que ces moyens actuels correspondent toujours dans l'histoire à certaines formes de crédit, que la notion de crédit que l'on en peut tirer sera sans doute partielle mais qu'elle doit être complétée et actualisée par la prise en considération de l'aspect actuel de ces moyens, les tendances de l'évolution et les besoins qui se sont faits ressentir. Que la notion à laquelle on arrive ainsi est une abstraction en quelque manière idéale et qu'elle doit servir à la critique des institutions existantes.

Le premier point n'est qu'une application de la conception réaliste du droit.

L'on ne peut pas imaginer des institutions juridiques sans lien avec leur mode d'expression dans la vie réelle. Et plus encore, l'institution ne peut jamais être considérée que comme la notion dirigeant les modalités, et par conséquent l'on ne peut la connaître qu'en partant des diverses formes qu'elle adopte dans le droit en vigueur. Celui-ci, en effet, n'est pas séparé de sa réalité juridique abstraite mais ne doit jamais en être que l'expression, c'est lorsqu'il cesse de remplir cette fonction qu'il perd sa valeur. L'on peut donc dégager la notion de crédit à partir de la description que nous avons donnée des moyens techniques de réalisation du crédit. C'est ce que nous essaierons de faire dans un premier chapitre en étudiant les éléments juridiques du crédit à partir du droit du crédit.

Il s'agira ensuite de compléter cette description par l'indication de certains besoins exprimés et de certains mouvements entrepris. En particulier par le besoin de décentraliser le crédit, par la tendance à la commercialisation du crédit, et par la tendance à favoriser le débiteur (la législation d'exception actuelle). Grâce à ces divers éléments nous arriverons à une critique du droit actuel du crédit et nous indiquerons incidemment quels doivent être

selon nous les moyens de crédit susceptibles d'être développés.

Dans toute cette étude nous ne pourrons pas laisser de côté le droit commercial du crédit, car nous serons obligés de nous rapporter sans cesse à la conception commerciale du crédit ou à certains progrès accomplis, nous commencerons donc dès maintenant, dans une brève introduction, par rappeler les principaux moyens de crédit employés en droit commercial et leur raison d'être, ce qui nous permettra d'ailleurs de voir que s'il y a des différences d'expression, que si les personnes et les besoins pris en considération ne sont pas les mêmes , la notion de crédit ne varie cependant pas.

*
* *

Ici encore, comme dans le droit civil, nous devons considérer pour envisager les moyens techniques du crédit, la situation du créancier chirographaire d'une part et les sûretés d'autre part.

La situation du créancier chirographaire est bien meilleure en droit commercial qu'en droit civil. La pratique commerciale l'exigeait étant donné que le contrat passé commercialement offre moins de garanties que le contrat civil et que les actes sont beaucoup plus fréquents.

La première institution qui renforce les pouvoirs du créancier chirographaire est celle de la faillite.

A l'origine la faillite était un acte grave qui ressemblait à une condamnation et entraînait une sorte d'« infamie ». Mais depuis un certain nombre d'années, l'on voit le caractère infamant de la faillite diminuer dans la pratique courante des affaires, et d'autre part l'on a vu la faillite prendre un aspect commercial assez particulier : devenir un moyen de commerce.

Est-ce à la décadence morale de notre époque que l'on peut attribuer ce double changement ? Comme on l'a dit, sans vouloir réhabiliter notre temps, nous ne croyons pas qu'il y ait à proprement parler décadence morale et que l'opinion courante relative à la faillite provienne de notre manque de sens de l'honneur. Il nous semble beaucoup plus y trouver la marque d'un changement de la conception juridique de la faillite (Nous comprendrons sous ce mot générique toutes les procédures collectives de paiement succédant à une cessation de paiement.)

Celle-ci, conçue au début comme le « témoin » d'affaires mal gérées — malhonnêtement ou maladroitement — ne pouvait se comprendre que dans un monde commercial où le commerçant était effectivement maître de ses affaires, où ni les circonstances extérieures ni l'importance exagérée d'une entreprise ne pouvaient empêcher un homme de connaître vraiment à chaque instant l'état de son commerce.

Il n'en est actuellement plus de même. D'une part, nous connaissons, sans qu'il soit nécessaire d'y insister, la rapidité de fluctuation du monde commercial actuel, dans ses éléments divers : monétaire, boursier, industriel, social, politique. Ces fluctuations peuvent entraîner des faillites sans qu'il y ait faute du commerçant. D'autre part, l'accumulation et la complexité des opérations de vente et d'achat, l'interdépendance de toutes les branches d'industrie, rendent difficile la vision précise des prévisions normales à la bonne marche du commerce. Mais, d'autre part, c'est à ce moment même que le crédit devient de plus en plus nécessaire, et que les affaires s'enchaîneront les unes aux autres au moyen du crédit essentiellement. Dès lors, comment conserver le caractère infamant à ce qui peut être une fin normale d'une affaire et à ce qui assure négativement son crédit. Nous disons négativement, car en effet

la faillite n'entraîne pas un accord positif de crédit puisqu'elle n'est pas une valeur sur laquelle puisse s'exercer le paiement, mais elle est un élément négatif, puisqu'elle assure un moyen de paiement lorsqu'il n'y a plus d'espoir de se faire payer normalement.

De plus en plus l'on tendra à considérer la faillite comme le dernier moyen que possède un créancier de se faire payer. C'est-à-dire, la faillite au lieu d'être une punition devient un moyen technique de crédit, dans un monde d'où les notions de bien et de mal semblent être exclues et où ne subsistent que les notions de juridique et d'« ajuridique ».

Ainsi la faillite donne au crédit commercial un caractère particulier par le fait qu'elle permet au débiteur un crédit moins étroit et moins assorti de contraintes. Ecartant le plus souvent la crainte d'une fraude, et assurant au créancier un pouvoir d'action efficace et général, la faillite permet de n'exiger des garanties positives qu'accessoirement

Et c'est ici l'un des traits importants du crédit en droit commercial, trait que nous allons retrouver à l'occasion d'autres institutions : le crédit est bien mieux organisé d'une façon générale et impersonnelle, bien moins rigide dans chaque cas particulier. Ici par exemple, la position du débiteur ordinaire favorise le crédit au point qu'il n'est souvent pas nécessaire d'y adjoindre un élément positif de crédit.

Il faut ajouter d'ailleurs que dans cette évolution de la faillite une institution joue un rôle important : le concordat préventif. Alors que la France, en effet, ne connaît ce concordat que dans des cas déterminés, la plupart des pays l'ouvrent très largement[1]. L'on sait en quoi il consiste :

1. Créée tout d'abord en Belgique par la loi du 20 juin 1883. Puis, entre 1890-1905, en Suisse, au Brésil, en Italie, en Norvège, en Egypte et au Danemark; et dans la période d'après guerre, de 1915 à 1930, en Hongrie, en Yougoslavie, Allemagne, Tchécoslovaquie, Autriche, Roumanie. — L'Angleterre, connaissant depuis longtemps déjà un système intermédiaire,

bénéfice accordé par la loi au débiteur malheureux et de bonne foi lui permettant d'obtenir avec le concours de la majorité des créanciers une réduction de sa dette et une prorogation destinée à éviter la faillite.

Dans tous les pays la procédure suivie est, dans l'ensemble, la même. Elle débute par une requête du débiteur qui expose les événements qui l'ont conduit à cette extrémité. C'est le juge qui doit estimer s'il peut ou non accorder la faveur du concordat et il possède en cette matière de larges pouvoirs d'appréciation sur la bonne foi du débiteur et ses facultés de rembourser, par rapport au dividende qu'il offre.

Puis, si le juge est d'accord, il y aura lieu de convoquer les créanciers et de leur demander leur avis après enquête. Si la majorité des créanciers est favorable (majorité qui varie avec les législations), il peut y avoir arrangement sur les bases proposées par le débiteur, et sans garanties. Ce concordat possède un avantage sur la faillite au point de vue du crédit, c'est qu'il laisse le débiteur à la tête de son patrimoine. Nous avons vu en effet que le crédit exige que l'on laisse au débiteur une possibilité de refaire sa fortune. Mais comme il y aurait là un danger pour le créancier, les pouvoirs du débiteur sont restreints dans presque tous les pays. Il doit être assisté d'organes de surveillance[1]. Les créanciers qui ont consenti le concordat ne peuvent plus poursuivre le concordataire et les saisies en cours sont suspendues. Mais en contrepartie le concordat peut être annulé si le débiteur manque à ses obligations, ou qu'il commet un dol. Donc le créancier est libre de reprendre ses pouvoirs antérieurs, et se retrouve normalement placé dans la situation qui précédait le concordat.

avec une phase de conciliation au début de la procédure de faillite, n'avait pas à créer une institution spéciale.

1. En outre, certains actes lui sont interdits : dans presque tous les pays, les aliénations immobilières, les actes à titre gratuit, les cautionnements et la constitution de droits réels.

Il faut noter tout l'intérêt juridique de cette institution au point de vue du droit du crédit. En effet, le créancier cesse ici d'être exclusivement un créancier chirographaire. Il entre déjà dans une catégorie intermédiaire, ayant reçu des pouvoirs particuliers sur le patrimoine de son débiteur. Il prend des droits sur un patrimoine arrêté dans son évolution. Il a un moyen de contrôler plus efficacement toutes les atteintes à l'obligation nouvelle qui a été contractée envers lui. Il a un gage spécialisé et rentre ainsi dans la catégorie des ayants cause à titre particulier. Il semblerait d'ailleurs que par ce droit on se rapproche davantage de la conception civile du crédit, plus que de la commerciale. C'est en effet ici la personne du créancier qui est surtout prise en considération. C'est par une modification et un renforcement de ses droits que la situation au point de vue crédit est modifiée. Mais il faut envisager cette institution en la rapprochant de la faillite, dont elle n'est en quelque sorte qu'une réplique atténuée. Elle a permis d'unir la simplification d'affaires et la simplicité de la procédure collective, avec la bonne foi du débiteur et l'intérêt de celui-ci. Et dans le cadre de la faillite, elle a pu surtout avantager le débiteur sans nuire au créancier. Le principe de crédit par la situation juridique du débiteur n'est en rien atténué, tout en y faisant pénétrer la notion de droit spécial du créancier.

Mais ce n'est pas seulement la position du débiteur qui agit ainsi sur le crédit, c'est aussi la répartition de son patrimoine, et la configuration juridique de certains actes de commerce qu'il accomplit.

Nous savons en effet que la spécialisation du patrimoine est un élément du crédit. A un certain point de vue, tout le système du crédit réel n'est autre chose que l'application de cette idée. C'est toujours la spécialisation poussée à l'extrême d'une partie du patrimoine. Maïs lorsque le

patrimoine sera réparti *de jure* de telle façon qu'il permette la plus grande surface de crédit, l'on sera en présence d'un avantage incontestable. Il n'y aura pas de nécessité d'un acte juridique pour affecter une part des biens à une créance. Le phénomène des patrimoines d'affectation est bien plus remarquable en droit commercial qu'en droit civil. Nous y trouvons en effet le patrimoine de mer, le fonds de commerce existant comme une individualité propre, et le système des apports. Les avantages sont évidents puisque le créancier est moins soumis aux fluctuations de valeur de son gage, que lorsque celui-ci est un patrimoine entier. Il peut mieux savoir quelle sûreté il peut attendre. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'y ait pas d'inconvénients : la séparation des patrimoines permet des fraudes contre le creancier en s'arrangeant pour avantager la portion qui ne lui sert pas de gage. C'est un fait que l'on peut constater en cas de prevision de faillite. Le débiteur essaiera d'avantager son patrimoine civil lorsqu'il y a separation des deux. Quoi qu'il en soit, la specialisation des patrimoines favorise en général la situation du créancier chirographaire et nous pourrions indiquer ici l'exemple de la femme commerçante. Celle-ci s'est vue favorisée par le droit commercial pour qu'elle puisse avoir du crédit. Alors que pratiquement le droit civil lui en refuse toute possibilité.

Enfin certains actes de commerce en eux-mêmes offrent au créancier chirographaire une sécurité que les actes civils ne donnent pas. Et ici l'on pourrait noter en passant que le dilemme entre rapidité et sécurité n'est pas obligatoire. Fréquemment, le droit commercial, qui est orienté vers la plus grande souplesse des actes juridiques, arrive à lui unir une grande sécurité des rapports. Ainsi voyons-nous l'instrument remarquable de la lettre de change. Celle-ci, par le lien qu'elle établit entre les débiteurs successifs, fournit par elle-même au créancier une garantie efficace. Elle peut

se présenter comme le type de l'acte simple qui n'a pas besoin d'être doublé par l'adjonction d'un élément spécial de crédit.

Par ces exemples, nous voyons que le principe indiqué plus haut est confirmé : principe d'un droit du crédit impersonnel et s'attachant moins aux deux personnalités contractantes comme élément spécifique de crédit, que comme application pure et simple de la situation légale. Expliquons ces termes : En droit civil, le droit du crédit forme une branche spéciale du droit. Le crédit est une réalité économique qui trouve son expression dans des moyens spéciaux qui viennent s'ajouter aux actes habituels de la vie civile. Le développement du crédit civil est lié à la meilleure technique de ces moyens. C'est moins la situation normale et habituelle du créancier et du débiteur qui forme l'élément du crédit que l'ensemble des moyens de fortifier la position du créancier et de diminuer la liberté du débiteur. En droit commercial au contraire, c'est la position même du débiteur par rapport au créancier qui donne naissance à une possibilité de crédit. C'est le fait qu'il y a des moyens d'action particulièrement sévères et ouverts à tous les créanciers, qu'il y a des actes tout spécialement garantis, c'est ce fait qui constitue le fondement du crédit commercial.

Cela ne veut pas dire d'ailleurs qu'il n'y ait pas un droit particulier du crédit en droit commercial, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas un droit des sûretés commerciales. Mais ici encore nous allons apercevoir tout un ensemble de particularités.

Les sûretés commerciales comme les sûretés civiles sont des garanties accessoires à un acte principal. Ces garanties portent dans la plupart des cas sur des valeurs patrimoniales. L'on constate en effet un beaucoup moins grand nombre de sûretés personnelles qu'en droit civil. Et ceci

concorde bien avec ce que nous venons de dire du droit commercial : le crédit y est beaucoup plus impersonnel, en ce qu'il est moins organisé comme un rapport de deux personnes. L'influence d'une personne peut évidemment (et est souvent) un élément décisif de garantie (les règles de l'escompte à la Banque de France peuvent servir de preuve à ce que nous venons de dire) ; bien entendu une signature connue et respectée fera autant dans un contrat commercial qu'une sûreté, mais ce que nous voulons exprimer, c'est que le droit commercial, sans nous préoccuper de la réalité qui est fatalement un peu différente, n'a pas organisé un système de garantie où juridiquement l'individu ait un grand rôle à jouer. Nous avons bien entendu les avalisations, actes de garantie où un individu vient renforcer la valeur d'un acte juridique par son engagement. Nous avons également les systèmes de portefort, où un représentant se porte fort sur sa commission de la valeur de l'affaire qu'il propose. Nous voyons bien là l'individu jouer un rôle d'élément de crédit mais ce sont des exemples peu importants relativement.

Par opposition à ceci, à l'autre extrémité de l'échelle des moyens de crédit, nous voyons que le crédit sur immeubles est peu utilisé aussi. L'hypothèque n'est pratiquement pas employée. Le gage de fonds de commerce peut avoir dans un ordre d'idées voisin une certaine importance. Mais il est déjà de nature assez particulière et l'on a longuement hésité sur la qualification (hypothèque mobilière ou nantissement) et sur la nature juridique de cette institution qui, de toute façon, ne peut être rangée dans l'espèce des moyens de crédit portant sur un immeuble, mais il convient de lui faire une place à part, à côté des deux grands courants, entre lesquels se partagent les éléments de crédit. Le crédit commercial pourra être renforcé par l'emploi des titres et des marchandises comme moyens

de crédit ; l'emploi des titres avec les systèmes d'avance sur titre et de l'escompte. Il est inutile de décrire la technique juridique de ces opérations.

L'emploi des marchandises avec les warrants. — Nous assistons au même mécanisme que dans le crédit civil car il y a seulement ici une analyse du patrimoine commercial des individus, et chaque élément de ce patrimoine pris comme pouvant servir de garantie à une obligation juridique. Mais ici, voici le phénomène qui se produit, c'est que le crédit sur ces garanties, ou le crédit considéré comme une opération en soi, n'est plus l'œuvre de particuliers en droit commercial, mais de groupements. Alors que dans la vie civile, le crédit est régi par un droit du crédit, dans la vie commerciale, il l'est beaucoup plus par l'industrie du crédit. Le droit commercial, forcément moins rigoureux et sévère, a donné naissance à une organisation économique qui a réglementé le crédit commercial. Par les banques doivent fatalement passer toutes les manifestations de crédit. Il y a dès lors moins une opération individuelle, dégagée des contingences, comme souvent en droit civil, qu'une opération faisant partie de tout un ensemble. Il n'y a pas de crédit par des individualités, mais une ligne, une politique générale du crédit que suivront les banques. C'est un fait que permet la réglementation moins rigide des moyens de crédit. Et c'est la deuxième grande caractéristique du crédit en droit commercial. En droit civil, il n'en est pas de même en effet. Certes il y a des caisses coopératives de crédit, des sociétés de crédit immobilier, mais ces organismes ne peuvent pas atteindre à une unité et à une complexité comparables aux organismes commerciaux. Elles restent fatalement à un stade primaire de développement, à un stade où elles ne sont elles-mêmes que des individuali-

tés traitant avec des individus, et ne participant pas de la vie générale d'une façon aussi intense que les banques.

Telles sont les remarques que nous tenions à faire au sujet du crédit commercial, sans insister bien entendu sur ce que celui-ci a de mieux adapté, de plus souple, avantages qui ont été souvent exposés.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS FONDAMENTALES D'UN DROIT DU CREDIT

La question du crédit dégagée de l'étude économique et sociale des conditions du crédit se ramène à l'étude d'une technique juridique — de la meilleure technique juridique. Envisager seulement cela ne veut pas dire que l'on doit faire abstraction du reste, mais seulement que cette question *aussi* se pose. L'on a trop actuellement la tendance de faire passer au premier plan le point de vue économique sans tenir compte du point de vue strictement juridique. Il n'est pas vrai que, pourvu que la disposition nécessaire économiquement soit prise, tout ira bien. Il faut encore que cette disposition entre en accord avec le cadre juridique où elle devra jouer, qu'elle ne vienne pas choquer le sens juridique commun. Croire le contraire, c'est croire que la loi est bonne tout au plus à sanctionner des faits, qu'elle ne peut agir sur eux et qu'il n'y a pas interaction dans le domaine des « faits normatifs ». Poser la question des conditions essentielles du droit du crédit, c'est poser la question du droit lui-même dans son action sur la société.

Nous devons donc envisager successivement quelles conditions le droit lui-même doit remplir pour être favorable au crédit, puis la condition qui doit être faite au débiteur et la condition qui doit être faite au créancier.

Section I

Notion du crédit.

Si, au point de vue moral, le crédit repose sur la confiance, déterminée par des facteurs économiques ou juridiques, et dans un autre ordre d'idées par la personne même du débiteur futur, au point de vue juridique le crédit repose sur le contrat lui-même. La notion du crédit en droit civil est caractérisée par la notion de contrat. Si nous prenons tout ce que nous vu dans notre première partie, nous voyons que le crédit est une notion qui n'apparaît qu'à l'occasion d'un contrat, et seulement à l'intérieur du contrat; et, d'autre part, l'on ne cherche à assurer le crédit que par la création du lien contractuel.

Tout d'abord la notion de crédit n'apparaît qu'à l'occasion d'un contrat : c'est en effet au moment où les parties vont créer un lien obligatoire contractuel que peut jouer l'idée de crédit chez les parties. Il faut pour qu'il y ait crédit que la prestation d'une partie soit repoussée dans le temps, soit pour aider cette partie, soit pour permettre à l'autre de réaliser un bénéfice plus considérable que si la prestation avait été fournie sur-le-champ. En général, les deux choses sont corollaires l'une de l'autre. Mais on voit que pour atteindre ces buts, il n'y a que le contrat efficace. Ni au moment d'un délit, ni de toute autre forme de création d'obligation, il ne peut y avoir naissance de l'idée de crédit. Toute obligation contractuelle, au contraire, si elle est faite pour durer, et non pour se résoudre sur le champ, comporte au contraire cette idée, car les parties, à l'instant même où elles contractent, pensent s'assurer de l'avenir, avec la plus grande sécurité possible.

Nous arrivons alors au second lien existant entre le contrat et le crédit : si le crédit a besoin d'être fortifié, assuré,

il le sera au moyen d'un contrat. C'est l'ensemble de ces contrats que nous avons examiné dans la première partie, ce sont eux qui forment ce que l'on appelle le droit du crédit. Et c'est la seule forme admissible d'assurer le crédit. Nous avons remarqué par exemple que lorsque la loi se mêle de fortifier directement le crédit, elle entraîne souvent des effets désastreux pour le crédit lui-même : ainsi l'hypothèque légale de la femme mariée. Il faut, en effet, laisser les parties s'assurer le crédit qu'elles désirent et selon leurs possibilités réelles; d'autre part, pour que le créancier soit plus sûr d'être payé, il faut que le lien obligatoire créé en vue de l'exécution soit plus étroit; c'est le principe même des contrats de crédit. D'autre part, cela résulte de la grande idée qui a dominé tout notre droit civil du crédit, à savoir que c'est un droit fait exclusivement en faveur du créancier et reposant seulement sur la personne du débiteur. Tout le crédit moderne est orienté dans le sens que la confiance exclusive dans le débiteur fonde le crédit alors que maintenant le crédit apparaît comme un instrument aussi favorable au débiteur qu'au créancier; au moment du Code civil, il n'en était pas de même; à cette époque le crédit était essentiellement fourni au débiteur en vue de la consommation, ce qui fait que c'était seulement le débiteur qui devait être responsable. Il existait totalement une antinomie entre les deux parties. Service rendu au débiteur, pure faveur. Au contraire le crédit fait en vue de la production, est un crédit assuré sur autre chose que la moralité du débiteur. Il y a aussi le fait que celui-ci produira une richesse, et c'est cette production de richesse qui conditionne le crédit. C'est pourquoi tout le système de crédit, prévu par le Code, se trouve aujourd'hui assez en retard, parce qu'il ne prévoit à peu près pas la production au moyen du crédit. Or, même dans la vie civile, la productivité par le crédit devient une idée

dominante, il semble donc qu'il est nécessaire de changer, sinon la technique prévue par le Code, au moins ses applications (par exemple donner moins de faveur au crédit réel, et davantage au crédit personnel) et de créer à côté d'autres moyens de crédit. Le lien existant entre le crédit et la personne du débiteur, la considération de la moralité de celui-ci sont moins puissants désormais, et l'aléa nécessaire au crédit change de physionomie.

Nous venons de dire qu'il y a un aléa nécessaire au crédit. L'on comprend que toute opération visant à l'avenir comporte un aléa. Mais n'est-il pas bon de réduire celui-ci à l'extrême ? L'on sait que la rétribution du créancier est d'autant plus forte que le risque de l'opération est plus grand (l'on a même voulu justifier ainsi l'intérêt); mais le créancier ouvre un crédit précisément dans le but d'avoir une rétribution, donc il faut qu'il y ait aléa. Si l'on réduisait à néant cet aléa, la rétribution de l'ouverture de crédit ne pourrait se justifier que par la création de nouvelles richesses au moyen du crédit. Mais si, pour payer le créancier, l'on compte sur la création de nouvelles richesses, il y a là un aléa forcé, puisque cette production n'est pas certaine. Donc de toute façon le risque est normal dans le crédit, et il est même anormal de vouloir supprimer ce risque législativement. Il appartient aux parties connaissant les aléas particuliers de l'affaire de prévoir les moyens d'y parer, c'est justement le rôle que l'on doit attribuer aux contrats du droit du crédit. Et ce risque change d'aspect, autrefois, en effet, il résidait dans la personne même du débiteur, maintenant il réside dans son activité, sa productivité. Et ceci est vrai non seulement dans la vie commerciale, mais aussi dans la vie civile. A ce risque, on obvie grâce aux contrats de crédit, mais il faut alors savoir ce qui, dans ce contrat, vient renforcer l'assurance du créancier. C'est, avons-nous dit, le fait qu'à la personne du débi-

teur est adjoint un autre élément de crédit qui peut résider dans un renforcement des droits du créancier sur telle portion du patrimoine ou l'engagement d'une tierce personne. Mais au cas où il n'y a pas de contrat de crédit, dans la situation du créancier chirographaire, le crédit est assuré par quoi? la première réponse qui paraît : c'est : par les droits donnés au créancier sur le patrimoine du débiteur. Sans doute est-ce vrai, mais encore faut-il analyser ceci. Ces droits peuvent être envisagés sous l'angle de l'exécution et sous l'angle de leur existence pure et simple. En d'autres termes, nous demandons ici, pour achever cette description juridique de la notion de crédit, si le crédit qui naît à l'occasion d'un contrat, naît du fait de la sanction du contrat ou de l'existence du lien obligatoire : le créancier va-t-il accepter d'ouvrir un crédit parce qu'il va acquérir le droit à telle exécution, ou parce qu'il va naître un lien obligatoire? Sans doute le droit n'existe qu'en fonction de la sanction, c'est elle qui lui donne sa force, mais aussi l'on sait que ce n'est pas elle qui peut entraîner le créancier à prêter, et que, d'autre part, elle peut être une gêne pour le crédit. Elle le devient lorsque la sanction est trop rigoureuse et qu'elle vient troubler le débiteur dans son travail ou sa vie privée, lorsqu'elle est démesurée, disproportionnée à la valeur de la créance (ainsi la *bonorum venditio* du droit romain) lorsqu'elle n'est pas adaptée au type de créance et à la classe de débiteur. Et de plus, il ne faut pas croire que la sanction, si rigoureuse soit-elle, que les droits relatifs au patrimoine du débiteur si étendus soient-ils, suffisent à décider juridiquement le créancier à engager son capital. Il y a plus pour lui que l'exécution : il y a la valeur du contrat lui-même. C'est la confiance dans le fait que le contrat n'est pas un vain mot; mais une application de lois juridiques reconnues bonnes, que l'accord volontaire a une valeur obligatoire en lui-même,

et que le débiteur ne peut se soustraire à cet accord. L'impression de créer une loi régissant leurs rapports est un des facteurs essentiels de l'ouverture du crédit. Le crédit se mesure à la valeur que l'on attribue au contrat, dans un état juridique où le crédit naît à l'occasion et par le contrat.

Sans doute les nouvelles théories institutionnelles peuvent renverser quelque peu cette valeur du contrat en tant que lien obligatoire. Si, en effet, le législateur crée l'ensemble des règles applicables à un contrat et que la volonté des parties n'ait plus qu'un rôle d'application de cette création législative, si la volonté n'a plus qu'un effet inital à un processus presque fatal, le créancier sera moins influencé par cette « loi des parties » — et de plus l'ensemble des règles du contrat pouvant être modifiées par le législateur, il se peut que la confiance dans le contrat disparaisse complètement, mais ces théories sont loin d'être encore reçues dans le public. Nous verrons que certaines lois d'exception se référant à ces théories ont plutôt engendré un malaise d'incompréhension dans le public, qu'une défiance dans le contrat lui-même.

En fonction de ce que nous venons de dire, nous allons voir les principales directives qu'un droit du crédit devrait actuellement suivre.

Section II.

Conditions du droit du crédit.

La première condition est que le droit doit être stable. Le crédit est réglementé dans le droit pour que les prêts soient accordés plus longuement et pour que l'épargne soit mieux protégée. Parfois les risques sont mis à la charge de la collectivité. Le droit a donc ici pour fonction, comme la

plupart du temps d'ailleurs, d'empêcher que les risques soient multipliés et viennent entraver les prêts. C'est précisément pour atteindre au minimum de risques que les moyens de technique du crédit ont été créés. Le droit, selon la conception libérale traditionnelle, devra donc, d'une part, tracer des limites à la liberté pour contraindre les citoyens au devoir de solidarité, d'autre part, protéger la liberté contre la conduite anormale des tiers (violence ou fraude). En définissant la liberté d'action laissée à chacun, en indiquant ce qui est défendu, ce qui est obligatoire, il établit le cadre dans lequel les activités économiques peuvent s'exercer. La loi est donc essentiellement un facteur de sécurité, en limitant le champ des risques économiques et le champ d'action des individus.

Il faut donc, lorsqu'une loi vient réglementer le crédit, que cette loi soit stable. Nous avons déjà vu que les nécessités sociales ne changent pas tellement vite, qu'il soit nécessaire de transformer les lois de façon rapide. Or, la communauté perd le sentiment de sécurité indispensable à l'équilibre, quand elle n'a pas l'assurance que les lois fondamentales du crédit sont à l'abri de volontés despotiques.

D'autre part, il faut que la loi qui vient établir un droit du crédit corresponde bien aux courants juridiques profonds que peut décider le législateur. Il est bien certain que, à l'heure actuelle, un droit du crédit devrait satisfaire essentiellement aux exigences suivantes[1] :

Entrer dans la voie du socialisme judiciaire : permettre au juge d'intervenir plus souvent dans les actes de crédit. L'on a prétendu que l'esprit public était hostile à l'intervention judiciaire, c'est vrai dans une certaine mesure,

1. Cf. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil.*

dans la mesure où l'appareil judiciaire n'est pas encore adapté à l'organisation sociale, où il reste encore trop lourd à manier. Si nous supposons, au contraire, que le juge intervienne plus couramment dans les affaires privées, ce qui nous semble à souhaiter, rien ne pourrait être meilleur pour le crédit que son contrôle et son conseil. L'on ne peut manquer de rappeler, dans cet ordre de matières, la création prétorienne de la jurisprudence avec la théorie de l'imprévision. Sans aller jusqu'à penser que des exemples aussi vastes soient à encourager, l'on doit croire que le droit du crédit futur devra s'attacher à développer le rôle du juge dans le crédit, rôle de conseiller et d'arbitre. Le juge ici devra presque être une garantie, comme l'était autrefois le notaire, et pourra apporter une connaissance juridique et sociale utile à la confiance. Le contrôle du crédit établi sur ces bases nous paraîtrait une nécessité future.

Consacrer l'évolution qui se produit de l'individualisme à un certain collectivisme. Il est bien clair que de moins en moins les deux parties ne sont libres en contractant. Syndicats et sociétés occupent toute la place juridique. Le droit du crédit ne pourrait pas négliger ceci. Et la question que nous posons alors pour le crédit civil est la suivante : doit-il, comme le crédit commercial, être remis entre les mains d'organismes centralisés et très puissants, ou bien le droit doit-il s'efforcer d'enrayer cette tendance et essayer de disperser les sources du crédit. D'autre part, si l'on se décide pour l'organisation centralisée, l'on devra se préoccuper de savoir si cette organisation doit être étatique,

Prendre position dans la lutte entre les forts et les faibles. Normalement l'État, par l'intermédiaire du droit, protège le faible, dans une économie libérale. Et ceci peut être une contrepartie de la tendance précédente. Car si l'Etat

laisse le crédit entre les mains d'organismes très vastes, il devra réglementer les placements et diriger les courants d'épargne pour éviter l'écrasement de la petite épargne et la ruine de la confiance. Par ailleurs, lorsque nous envisageons les rapports privés, nous voyons que la question de la protection des faibles se place sur le terrain créancier-débiteur. Suivant les nécessités du crédit, l'Etat devra favoriser les uns ou les autres.

Enregistrer au moins le déclin du contrat. C'est une question très grave pour le crédit que celle posée ici : comment le créancier peut-il avoir confiance lorsque les dispositions qu'il prend pour assurer son paiement peuvent être bouleversées à chaque instant : il y a toute une législation d'exception qui est néfaste au droit du crédit. Le législateur prétend intervenir dans la position des parties contractantes, non seulement pour les contrats à venir, mais pour ceux en cours. Il est cependant nécessaire de rappeler les parties au respect du contrat et de la signature, sans quoi il ne peut exister de crédit. Le droit devra donc, soit maintenir la confiance dans ce fondement juridique, soit lui substituer un autre élément de confiance; mais cette substitution ne peut se faire que très lentement.

Admettre l'enchevêtrement des responsabilités en introduisant la notion d'assurance dans les risques du crédit, d'une part, et, d'autre part, en consacrant l'assurance des fautes ce qui peut être encore un peu hasardeux mais qui, sans doute, est une mesure capable d'augmenter le crédit. Ces changements sont d'ailleurs en voie d'exécution.

Nous pourrions citer de nouvelles tendances que le droit du crédit devrait satisfaire, mais nous nous bornerons à celles-ci. Enfin, nous établirons que la troisième condition que ce droit remplira, est d'être un droit économique.

C'est-à-dire qu'il devra tenir compte de cette nouvelle exigence du droit d'être un droit de classe. Non pas au sens d'instrument de lutte, mais au sens qu'il a cessé d'être le droit des possédants, imposé à tous, pour être un droit professionnel, adapté à l'économie, régi davantage par la situation des sujets que par les prétentions idéologiques de ses créateurs. Cette idée d'un droit variable dans son contenu et souple dans sa technique, et, d'autre part, d'un droit en contact étroit avec la réalité sociale correspondrait assez à l'influence que le droit commercial a pu prendre sur le droit civil, mais en conservant néanmoins toute la tradition bien établie du crédit civil.

Nous avons ainsi fixé les principaux éléments que nous devrions trouver dans un droit moderne du crédit, nous allons maintenant en tirer des conséquences en voyant quelle devrait être la position du débiteur et du créancier pour donner à la technique du crédit son maximum d'efficacité.

Section III.

Position du débiteur dans le droit du crédit.

Jusqu'à présent, notre droit a été dirigé essentiellement dans le sens des besoins du créancier. Les moyens de sûreté de la dette et les moyens d'exécution fournissaient au créancier d'efficaces garanties de son droit. Or, un droit du crédit normalement constitué doit tenir compte aussi bien de la personne du débiteur que de la sûreté du créancier. Il doit en tenir compte à un double point de vue : il doit s'efforcer tout d'abord de protéger le débiteur contre un créancier trop puissant, ensuite d'empêcher le débiteur d'être paralysé par les droits d'ingérence du créancier. Et ces deux buts doivent être poursuivis tant sur le domaine

du créancier chirographaire que sur celui du créancier garanti. Notre législation a déjà ouvert cette voie, avec une protection de plus en plus poussée des faibles[1].

I. *Protection du débiteur contre un créancier trop puissant.* — Du point de vue législatif, ceci peut se marquer par une libération toujours plus grande du débiteur, et par une assistance aux petits. Au point de vue pratique, l'on peut encourager le développement des sociétés de cautionnement mutuel. Nous laisserons de côté les interventions jurisprudentielles, qui, tout en favorisant le débiteur n'étaient cependant pas directement appliquées au droit du crédit, ainsi les théories de la cause et de l'abus des droits.

La libération du débiteur a été un objectif du législateur dans ces dernières années, par exemple avec l'atténuation de la législation des faillites; mais encore ici avons-nous vu qu'il faut faire intervenir d'autres facteurs. D'autre part, il faut tenir compte de toute la législation sur les moratoires (en particulier, loi du 20 août 1936). Ceci se comprenait lorsque, dans un état exceptionnel, tel que la guerre, toute une classe de débiteurs se trouvait dans l'incapacité de payer, au contraire, le système du moratoire apparaît comme abusif lorsqu'il se présente comme une législation d'exception dans un état social qui tend à devenir normal. Il en est de même pour la législation des loyers, tout entière orientée vers la moindre obligation du débiteur. pour le règlement des billets de fonds de commerce. Nous retrouverons ceci en étudiant la législation d'exception; mais il était nécessaire de noter dès maintenant que c'est par des lois de cet ordre que l'on s'est préoccupé du sort du débiteur. Or, pour établir un droit du crédit stable, il

1. Ripert, *op. cit.*; Josserand, « Tendances générales actuelles dans le droit des contrats », *Rev. trim.*, 1937.

faut en effet que la personne du débiteur soit considérée, mais non par des mesures dispersées et exceptionnelles. Cela doit être au contraire un ensemble de règles générales qui amèneront à ce résultat. Le fait par exemple d'établir un bien de famille insaisissable, une surveillance effective du taux de l'intérêt, un délai légal de paiement après le délai conventionnel, la suspension du cours de l'intérêt après un certain temps (et en particulier pendant le cours du délai légal), la possibilité au juge d'accorder un paiement par acomptes, la simplification de la procédure d'exécution. Toutes ces mesures pourraient devenir des dispositions d'usage courant, de nature à améliorer la position du débiteur, sans nuire à la confiance et à la solidité du contrat. Il faut aussi tenir compte du fait que ceci n'attenterait pas à la liberté de contracter; mais, selon les traditions de notre droit civil formerait seulement un nouveau cadre au contrat. Enfin ces mesures seraient sans doute plus efficaces parce que plus générales et moins brutales que les lois exceptionnelles que nous avons relevées.

La politique la plus sage en cet ordre de matières nous semblerait consister dans une diminution des pouvoirs directs du créancier sur son débiteur et dans l'intervention du juge comme arbitre normal. Il nous paraît désirable, en effet, que le juge ait le pouvoir de fixer les modalités d'un paiement, par exemple, son terme ou son échelonnement : ceci est beaucoup plus efficace et beaucoup moins dangereux qu'une mesure législative qui vient bouleverser tout un type de contrat; c'est dans des cas individuels que l'aide au débiteur peut avoir son utilité : ce n'est pas le débiteur de tel contrat qui doit être secouru; mais telle catégorie économique de débiteurs, dans tous ses contrats : c'est ainsi que l'on a compris l'aide au débiteur en Algérie et le président Roosevelt ne voulait pas autre chose.

Il est nécessaire, devant l'augmentation de puissance de

certaines forces économiques, de protéger le petit débiteur. Mais il ne faut pas que cela provienne d'une « véritable psychose collective qui tend à faire voir dans le créancier un ennemi de la société ». Il ne convient pas non plus de désarmer le créancier au profit de tous les débiteurs. Car on arriverait ainsi à favoriser des débiteurs très puissants (sociétés anonymes) au détriment de créanciers en grand nombre, mais faibles (porteurs d'action par exemple). La solution consiste donc à ne donner au créancier que des armes qui prennent leur force dans l'adhésion du juge. L'intervention du juge, pratique, courante, doit être la véritable sauvegarde du débiteur. A côté de cet aspect négatif de la question, on peut placer le côté positif et dire qu'il est nécessaire que l'Etat assiste les petits, et, par exemple, surveille certains contrats, ou leur donne une forme telle que le petit se retrouve sur le pied d'égalité avec le contractant. Ainsi nous aurons une nouvelle conception de la lésion, qui permettra d'attaquer plus facilement un contrat; certes le projet de loi Dupin, en 1910, qui tendait à faire admettre la lésion comme cause de nullité dans tous les contrats n'a pas été admise. Seules quelques lois s'en sont inspirées; mais, cependant, comme le fait remarquer M. Ripert, la nouvelle conception de la lésion est bien dans le sens de la protection des faibles. Cette conception tend à faire de la lésion une arme contre l'obligation contractuelle en vue de réparer le dommage causé, et ce n'est plus la simple raison juridique d'une volonté viciée qui est mise en avant. D'autre part, nous voyons que certains contrats sont réglementés, comme le contrat de travail. Cette assistance au petit est favorable au crédit, et ceci se rattache à la deuxième question : laisser le débiteur à la tête de son patrimoine, ne pas le dépouiller de ses moyens de production.

II. *Limiter l'ingérence du créancier dans le patrimoine du débiteur.* — Jusqu'ici nous avons vu que l'action du droit du crédit devait porter sur la situation générale du débiteur, ici nous allons voir non seulement cette situation mais encore les situations spéciales créées par les sûretés. Le but de la protection du droit du crédit est ici que le débiteur soit libre au maximum pendant qu'il est débiteur afin de n'être pas entravé dans son activité économique et sociale, et qu'il puisse continuer à être producteur. La législation du crédit aux Etats-Unis recherchait précisément ce résultat. Il ne faut pas que le poids de la dette grève son activité, et pour donner au débiteur le maximum de chances, il faut qu'il ait la libre disposition de son patrimoine.

Tout d'abord en règle générale le créancier ne doit pouvoir intervenir dans la gestion du patrimoine du débiteur que lorsque celui-ci met en péril les droits du créancier. C'est ce qui existe à l'heure actuelle en droit français. Mais là encore, il semble dangereux de laisser à l'arbitraire complet l'action du créancier. Les véritables mesures conservatoires d'un patrimoine ne peuvent être prises que par un ensemble de créanciers. Et ceci correspondrait à une institution de faillite civile atténuée.

D'autre part, au point de vue des sûretés à fournir de graves questions se posent : trop souvent les sûretés, dans le droit du crédit, ne sont pas adaptées le moins du monde à leur fonction dans la société actuelle.

A quoi doivent correspondre, dans le droit moderne du crédit, les sûretés personnelles ? Elles doivent être normalement les sûretés employées couramment pour des dettes à terme assez court, ou bien qui sont sujettes à variation. Ce sont en effet des sûretés très mobiles (elles devraient l'être au moins) et surtout des sûretés qui doivent pouvoir être données facilement. Nous pensons à la signature commer-

ciale qui est à peine une sûreté au sens traditionnel du mot, mais qui apporte dans une affaire cet élément de confiance qu'il est parfois nécessaire de déclencher ainsi. Mais l'on se heurte alors à un obstacle, c'est que si cela est passé dans la pratique commerciale courante, il n'en est pas de même dans la vie civile, et il est très difficile ici de trouver des cautions civiles. Sans doute ceci est vrai, quoique la difficulté provienne en grande partie de la législation elle-même. Mais, en dehors des simplifications que l'on pourrait y apporter, l'on doit noter qu'un effort devrait être entrepris pour favoriser le développement des sociétés de caution mutuelle. Ces sociétés garantissent les engagements pris par leurs membres. Elles existent déjà, mais pourraient prendre leur essor grâce à l'appui des Banques populaires. Ces sociétés sont encore l'apanage de ceux qui ont malgré tout des ressources et un commerce établi. Elles se trouvent surtout parmi les petits industriels, artisans, spécialistes de fabrications telles que les jouets ou les articles de Paris. C'est la société qui se porte elle-même caution de l'engagement de l'un de ses membres; l'avantage de ces sociétés c'est que ceux dont on se porte caution sont connus et que leur « productivité », leur travail sont évalués de façon qu'il y a peu de surprises à avoir pour les sociétaires et que, le crédit qui sera accordé ne dépassera pas les forces du débiteur. Cet instrument pourrait être très puissant à condition de lui donner une organisation complète. En effet, la caution apportée par la société elle-même est la meilleure qui puisse être, n'étant pas soumise à des aléas personnels de fortune, et de plus le sens de la responsabilité et de la solidarité est très fort parmi ses membres, en général.

Les autres sûretés sont plus adaptées à des dettes à long terme, mais il ne semble pas que l'on soit encore arrivé à établir un système pleinement satisfaisant, soit que cer-

taines sûretés entraînent la dépossession, soit que d'autres ne soient pas suffisamment mobiles et réalisables pour garantir avec efficacité une dette. Malgré les inconvénients qui ont paru dans l'application de ce système, il nous semble que l'on devrait s'orienter vers un système de mobilisation des valeurs immobilières. Dans la plupart des cas, en effet, l'échec de ceci provient soit de l'absence d'éducation du peuple à qui l'on appliquait cet essai, comme sous la Révolution, soit du fait que la création coïncidait avec une période de trouble : l'Allemagne d'après-guerre. La mobilisation permet une mise en gage facile, peut être assortie de toute la publicité désirable, et d'autre part la réalisation du gage est elle aussi extrêmement simplifiée. Evidemment l'on peut dire que le but n'est pas bon, que la terre qui est un élément stable dans les patrimoines ne doit pas cesser de l'être au profit du crédit. L'on peut répondre à cela, que c'est considérer la situation des fortunes actuelles sans tenir compte des changements survenus : les fortunes sont fondées actuellement sur le crédit, et toute la vie économique en dépend. Etudiant les moyens techniques d'avoir du crédit, nous nous sommes aperçu que tout à notre époque est employé dans ce sens. Nous estimons, quant à nous qu'il n'est pas bon de faire de tout un moyen de crédit, des valeurs intellectuelles en particulier, mais que ce qui est normalement destiné à la production des richesses, doit pouvoir être employé comme fondement du crédit. L'on doit donc faciliter l'engagement des immeubles dans le droit civil.

Ce système de mobilisation du sol viendrait heureusement doubler au profit du débiteur, par le système de l'hypothèque sur soi-même, l'existence de la clause à ordre dans les titres hypothécaires que nous avons vue dans la première partie, et qui est au profit du créancier.

Enfin, dans cet ordre d'idée et dans la limitation des

droits du créancier dans le patrimoine du débiteur, l'on doit prendre en considération l'idée du concordat préventif, civil. Contrairement à la faillite qui paraît être difficile à organiser, le concordat préventif nous paraît devoir aussi bien favoriser le créancier que le débiteur. C'est un bénéfice pour l'insolvable de bonne foi, c'est une sorte de tutelle limitée qui pèse sur lui, c'est un rappel à une gestion convenable. Le juge doit analyser bien entendu si le patrimoine du débiteur, ses possibilités de gain permettent d'offrir un dividende convenable aux créanciers. Bien entendu si ce dividende ne peut être suffisant, aucune solution amiable ne peut avoir lieu, et dans ce cas, ce sera soit une exécution collective, soit un paiement au prix de la course. Ces deux hypothèses sont évidemment plus dures pour le débiteur, et ont pour lui surtout l'inconvénient de remettre son patrimoine dans sa totalité entre les mains de ses créanciers ; et de plus cela n'arrête pas nettement la situation du débiteur envers ses créanciers. Pour inciter le débiteur à demander le concordat à un moment où son actif est encore suffisant, il sera nécessaire de fixer un minimum légal où l'accord puisse se faire. D'autre part (et c'est ici que la question se rattache directement à notre proposition) le concordat civil doit comprendre des règles assez nettes pour la gestion du débiteur — règles concernant l'intervention du créancier sur son patrimoine. En général, le non commerçant n'a pas des besoins constants de fonds de roulement important — que ce fonds de roulement soit en numéraire ou en marchandises — si donc, il est inadmissible d'enlever au débiteur son instrument de travail, il n'est pas moins dangereux de lui laisser de trop larges pouvoirs alors précisément qu'il s'est montré un gestionnaire défectueux (remarquons en effet qu'ici la situation du débiteur vis-à-vis de ses créanciers n'est plus exactement la même que celle que nous venons de décrire : ici, le débiteur a été incapa-

ble de gérer bien ses affaires, tout en étant de bonne foi, plus haut nous envisagions le cas d'un débiteur au début de son engagement, avant toute gestion). Si donc le concordat est obtenu, il faudra pour l'exécution des obligations concordataires qu'il y ait certaines limitations aux pouvoirs du débiteur sur sa chose. Et c'est précisément là l'intérêt premier du concordat : l'on y recourra aisément puisqu'il ne comporte ni dépossession, ni déchéance. La remise de dette le rend attrayant. Les créanciers verront un gage encore sûr qui leur sera remis, pris à un moment où le débiteur ne l'a pas encore trop amoindri par des emprunts et des expédients qui pourraient retarder la faillite. Les créanciers, d'autre part, dirigent les opérations du paiement et peuvent ainsi surveiller le concordataire, ce qui est particulièrement intéressant pour l'ensemble de ceux-ci, c'est que les avantages consentis auparavant sont annulés, ce qui remet tous les créanciers sur un pied d'égalité. Il ne s'agit bien entendu pas des privilèges légalement créés ou des garanties données au début du contrat mais des avantages postérieurs destinés à favoriser tel ou tel créancier.

Par toutes ces raisons, le concordat paraît devoir améliorer le crédit, et la situation du débiteur. Celui-ci reste bien à la tête de son patrimoine, avons-nous dit : pour toutes ses actions extra-patrimoniales et dans certains cas, pour les actions ayant trait à sa profession, il restera libre d'agir. Il ne faut pas en effet considérer le fait qu'un contrôleur l'assistera dans certains actes, comme une incapacité. Comme on l'a très justement fait remarquer « Insolvabilité et prodigalité sont choses différentes : elles n'ont pas le même fondement juridique — le prodigue est celui qui se ruine en folles dépenses inspirées par le caprice et les passions, le débiteur obéré est un homme sain qui peut être victime des événements. Les incapacités du Code civil sont édictées comme mesure de protection de l'insolvable

lui-même, les restrictions au pouvoir de disposer du débiteur sont édictées comme mesure de protection des créanciers ».

Toutefois le concordat civil est aussi une mesure de protection du débiteur lui-même, comme nous l'avons dit, à la suite du concordat, le débiteur se trouve en face de ses créanciers dans une situation stabilisée, mieux déterminée, avec des obligations précises qu'il n'est plus seul à observer, mais qu'un contrôleur lui fait observer. Dès lors, tous les actes imprudents qu'il aurait pu être tenté de faire lui seront interdits. Il n'a plus le droit de risquer trop légèrement ses biens, car il n'est plus seul intéressé, et après une expérience malheureuse, ses créanciers tiennent à avoir un droit de regard. Le rôle du contrôleur paraît être dès lors celui d'un guide, devant un individu qui n'est pas, à tous égards, capable de régir son patrimoine. Ce contrôleur, ami ou parent de l'insolvable, devra donner caution et sera responsable de sa gestion. Mais en dehors des actes de direction du patrimoine, et en tant que de tels actes ne risquent pas d'amoindrir le gage des concordataires, et vis-à-vis de tous les autres créanciers, postérieurs au concordat, le débiteur est entièrement libre. Nous aurions donc ainsi le moyen d'apporter au débiteur une aide efficace et de soustraire, dans des circonstances particulièrement difficiles, son patrimoine à l'action directe des créanciers.

III. *Enfin une politique du crédit favorable au débiteur ne pourrait pas laisser de côté la catégorie la plus intéressante de débiteurs, celle qui n'a pas les moyens d'avoir du crédit.* — C'est pour cette classe précisément que l'effort doit être le plus grand. Actuellement en effet rien ne peut être fait sans crédit (et nous parlons du crédit civil, alors que cette idée est couramment admise pour le seul commerce). En

réalité, toute une partie de la vie civile actuelle dépend du crédit. Or le crédit personnel est très faible, d'autre part les créanciers possibles sont de plus en plus sévères sur l'octroi des crédits. Il faudrait donc donner aux faibles le moyen de trouver du crédit, sans avoir de propriétés ou d'instruments de travail qui l'assurent. A ceci les sociétés de crédit mutel dont nous avons parlé, et les assurances crédit (du côté du créancier) pourraient servir utilement. Mais nous pensons plutôt à une application plus étendue d'une institution civile existante, mais qu'il faudrait simplifier et améliorer : la saisie-arrêt.

Ce que tout individu possède, c'est sa force de travail. (Nous ne parlons pas des incapables de travailler; en effet, pour eux il ne peut être question de crédit; une grande loi du crédit ne l'oublions pas, c'est que la somme prêtée ne doit pas rester improductive, mais qu'elle a été prêtée en vue d'une utilité économique. Nous ne disons pas seulement d'une production, ce qui serait trop étroit. Nous montrerons plus tard que le crédit civil peut être orienté actuellement dans un sens social). Il est donc normal que cette simple force de travail puisse servir d'élément de crédit. Il est vrai que notre droit civil a été un droit fondé sur le capital et au profit du capital. Tout le crédit civil est fonction de l'existence d'un capital appartenant au débiteur. Le courant social actuel tend à considérer le travail comme une valeur égale au capital; le travail est représenté au point de vue valeur par le salaire. Si l'on veut faire de la force de travail un élément du crédit, il faut prendre cette force de travail dans sa représentation matérielle. Il est donc alors nécessaire de faire du salaire lui-même la base du crédit de ceux qui n'ont pas d'autre richesse. Mais l'on dira que le créancier possède déjà ce droit de saisir-arrêter le salaire; sans doute, mais cela ne signifie pas que la saisie-arrêt actuelle puisse être considérée comme un instrument

de crédit. Tout d'abord elle est beaucoup trop compliquée, coûteuse et longue. Elle nécessite trop d'actes et d'interventions. De ce fait, elle est tombée en désuétude, sauf pour des salaires très élevés. Ensuite, elle est accordée à tous les créanciers, et par conséquent, elle n'est pas un moyen spécifique de crédit, mais un simple renforcement des droits généraux du créancier. Au contraire l'utilisation de la saisie-arrêt dans le sens que nous indiquons devrait l'appliquer comme un véritable instrument positif de crédit. Bien entendu il faudrait limiter l'application de ceci. Il ne faudrait pas que l'ouvrier se prive de tout son salaire à venir. Mais, en réservant une partie de ce salaire, intangible, nécessaire pour vivre (dans le même esprit que le bien de famille), ne serait-il pas possible à l'ouvrier, pour avoir des disponibilités immédiates d'engager comme garantie de la dette qu'il voudrait contracter le surplus de son salaire à venir. Comme moyen d'exécution de cet engagement à un créancier déterminé, il y aurait la saisie-arrêt. Mais la grande différence avec le système actuel serait que le créancier aurait sur cet excédent de salaire futur un droit exclusif, comme sur un véritable gage. Il nous semble que ce serait là un moyen de crédit civil excessivement efficace et capable d'améliorer la situation du débiteur.

Section IV.

Position du créancier dans le droit du crédit.

Le droit du crédit ne doit sacrifier, avons-nous dit, aucune des deux parties, le créancier doit donc être également (mais non exclusivement, comme nous croyons l'avoir montré) pris en considération. Dans un certain sens le renforcement des droits du créancier est une source de

crédit pour le débiteur. Nous croyons que les tendances principales que devrait présenter un droit du crédit actuel sont d'une part le renforcement de certains droits du créancier — d'autre part l'élimination de certains risques — et ceci, non par un accroissement de droits mais par une assurance-crédit. Enfin la création de grands organismes de crédit civil.

I. *Renforcement du crédit du créancier.* — M. Josserand dans son article déjà cité pense qu'à l'époque actuelle l'on vit de plus en plus contractuellement. Sans aucun doute la notion de contrat « recueille en ses flancs de multiples accords » nouveaux. Ainsi la création des avant-contrats, des conventions collectives, des contrats entre absents pourraient être le signe d'un accroissement de force du créancier. La multiplication des catégories contractuelles sert sans doute au crédit. Cela montre en effet que les diverses modalités des liens obligatoires ont pu être prévues et que les situations respectives du débiteur et du créancier sont bien arrêtées par le droit. Mais ceci est en réalité dans la seule faveur du créancier parce que c'est à son profit que toutes les précisions juridiques sont en général prises (par exemple, les clauses nombreuses du contrat d'assurance). Le débiteur y perd en général sa liberté juridique presque complètement. Si donc le pouvoir du créancier est renforcé, il faut encore voir si cela est favorable au crédit. C'est toute la question du formalisme actuel que nous posons ici.

L'on a rattaché ce développement du formalisme dans le crédit à la création des actes abstraits[1]. La situation économique actuelle a donné naissance à l'idée de l'acte abstrait. Lorsque l'on a voulu satisfaire aux besoins du crédit actuel,

1. Veniamin, *op. cit.*, p. 211 et suiv.

l'on a été dominé par la volonté de faire valoir la créance du créancier. Nous savons, en effet, que c'est le créancier, à peu près seul, qui est pris en considération par le Code, masi pour rendre son crédit plus souple, pour lui permettre de l'utiliser jusqu'au bout, l'on a pensé à rendre sa créance abstraite, c'est-à-dire détachée des personnes dont l'accord a créé cette obligation. C'est là une tentation à laquelle le droit allemand n'a pas su résister. Sans doute, c'est le moyen le plus efficace pour augmenter le crédit du créancier, pour lui donner une technique comparable à celle du droit commercial, avec les lettres de crédit délivrées par un banquier sur son correspondant, avec les confirmations de crédit ouvert par un banquier au vendeur d'un de ses clients, avec tout simplement la lettre de change. En droit civil ceci prend le nom d'assignation ou de délégation. Mais ce moyen de développement, cette voie qui s'ouvre actuellement ne nous paraît pas justifiée. Il ne faut pas enlever tous les caractères des obligations de droit civil pour permettre l'extension du crédit. Si la différence entre la vie civile et la vie commerciale est justifiée — et c'est un fait que nous examinerons plus loin — le droit du crédit ne peut se présenter de façon identique dans les deux cadres. Les obligations civiles ne peuvent prendre le caractère abstrait des obligations commerciales parce que ce qui reste ici la dominante, c'est la personne qui contracte (c'est sur elle que repose le crédit) et non l'acte lui-même. La théorie de la cause est d'ailleurs venue empêcher le plein développement de cette idée de l'acte abstrait, or précisément si la cause peut ne pas intervenir dans le droit commercial parce qu'elle est le plus souvent d'une nature bien déterminée, impliquée par la nature juridique elle-même, elle doit être au contraire, et rester un élément principal dans le contrat civil. Et, tant que la cause sera cela, il deviendra impossible de créer en droit civil des obligations abstraites.

C'est cette notion de l'abstraction qui a poussé à un renouveau du formalisme. L'acte abstrait a besoin d'être beaucoup mieux arrêté et fixé dans ses détails que l'acte concret, et beaucoup mieux connu. Il y a là une nécessité par exemple de publicité. Nous ne reviendrons pas sur cette question, ni sur l'argument en faveur de la publicité, lorsque l'on dit que le formalisme actuel est beaucoup plus souple que l'ancien. Sans doute, ajoutera-t-on, la publicité a bien une influence sur le contrat lui-même, mais les formalités sont adaptées aux nécessités économiqes et expriment la confiance nécessaire que peuvent donner certaines apparences.

Il s'agit là des contrats traditionnels et non des nouveaux contrats créés, et l'on fait pour eux le raisonnement syllogistique suivant, qui paraît inattaquable : Du fait que le crédit est basé sur la confiance, la confiance sur la sécurité et que le formalisme contribue à la sécurité, le droit du crédit est forcément formaliste. Mais ce formalisme qui est bon sans doute lorsqu'il prend l'aspect de la publicité des actes (et encore, nous avons vu quelles critiques l'on peut lui faire), peut-il être étendu avec utilité aux autres obligations ?...

Est-il bon que le droit actuel devienne de plus en plus formaliste[1] ? Il est incontestable qu'il y a en effet une tendance à déterminer dans ses plus petits détails les éléments du contrat. Par là, il y a moins de risque pour le créancier, et, si l'on veut, un affermissement de sa position, mais aussi, la liberté du débiteur étant amoindrie, et surtout l'octroi du crédit moins aisé, il devient une cause de diminution du crédit. Il faut considérer que le système de vie économique basé sur le crédit étant celui qui correspond le

1. Thèse Rouxel (Caen, 1934), *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques.*

mieux à notre état social, il faut faciliter le crédit et multiplier les occasions du crédit. Le formalisme a ici une influence néfaste, c'est pourquoi nous ne croyons pas possible de doubler la multiplicité des catégories juridiques d'un formalisme qu'elle tend à créer. Ce n'est donc pas en rétrécissant le champ des contrats qu'on donnera au créancier un renforcement de pouvoirs. Mais il est certain que ce formalisme peut s'exercer d'une façon telle qu'il soit justifié. Il est incontestable en effet que la vie sociale actuelle exige des contrats qui n'existaient pas auparavant. Des contrats qui, parce qu'il n'y a pas contact direct entre le créancier et le débiteur ne peuvent pas être fondés sur la confiance. Ce sont des contrats abstraits en quelque sorte parce que l'on n'est pas en mesure de débattre ses conditions; que le formalisme alors apparaisse pour fixer d'une façon objective les conditions du contrat, en dehors des volontés particulières, cela paraît pleinement justifié, et cela renforce le crédit du créancier parce que celui-ci n'est plus à la merci de la solvabilité ou de l'insolvabilité du débiteur qui est arrêté dans les limites du contrat. Nous pensons ainsi au contrat d'adhésion. Le débiteur semble en être pratiquement la victime. Le créancier lui impose sa volonté par le contrat, et il n'a qu'une possibilité, celle de se récuser — or il y a ici une inégalité complète entre les deux parties. Le créancier est de très loin le plus fort. Il peut dicter ses conditions, et l'on ne discute pas les conditions d'une compagnie de chemins de fer, d'assurance, de navigation. Il y a plus. Le contrat élaboré pour l'affaire en vue tend à devenir de plus en plus rare avec la multiplication des sociétés anonymes. Celles-ci ont la tendance bien facile à comprendre à établir leurs contrats-types, anonymes comme elles-mêmes. Mais alors, ce renforcement des pouvoirs du créancier, vis-à-vis de son débiteur qui lui est presque soumis d'avance semble incompatible

avec ce que nous avons dit plus haut de la position du débiteur. Et cependant la direction que nous venons d'indiquer irait vers un renforcement du crédit et vers un développement de son application. Il suffit en effet d'aller plus loin et de considérer le fait suivant : certaines de ces clauses appartenant aux contrats d'adhésion, sont tellement courantes qu'elles sont devenues coutumières. Donc qu'elles s'imposent en fait au créancier lui-même (qui rédige le contrat) et au débiteur par voie de conséquence. Mais ne peut-on imaginer que l'on aille plus avant, et que, au lieu de laisser ces clauses (et d'autres encore) à l'état coutumier, on les rende obligatoires législativement. En d'autres termes, à côté des catégories contractuelles nouvellement prévues par la loi, ne pourrait-on pas concevoir des types de contrat rendus obligatoires, tant au créancier qu'au débiteur, et qui, de ce fait, étant conçus d'une façon réellement objective, assureraient les pouvoirs du créancier, sans toutefois être au détriment du débiteur — cette œuvre nous paraît d'ailleurs être le corollaire presque obligatoire de la multiplication des types de contrat dans la loi — que le formulaire suive le texte de loi, est sans doute une méthode saine et véritablement équitable. Les lois sur le contrat d'assurance sont arrivées pratiquement à un résultat similaire. Mais l'on doit déplorer l'absence d'esprit de système dans la rédaction des lois, qui permet que des dispositions soient prises pour certains contrats alors que d'autres, de même nature juridique, ne sont pas visés.

D'ailleurs à côté de cet établissement législatif, dans le renforcement des droits du créancier, l'on devrait tendre à une action parallèle dans la jurisprudence. Un bon exemple de ceci nous paraît, ainsi qu'à M. Josserand, être le déplacement du fardeau probatoire dans l'obligation de sécurité. La transformation de la responsabilité professionnelle, de délictuelle ou contractuelle est arrivée à ce résul-

tat. Le créancier est armé de moyens faciles pour la défense de ses droits et la réparation des préjudices causés. Sans doute, pourrait-on dire que ceci ne peut augmenter le crédit, car la responsabilité qui fait naître une créance n'a rien à voir avec le renforcement du crédit. Mais nous avons cité cette œuvre jurisprudentielle comme un simple exemple de ce que peut la jurisprudence dans le sens d'un accroissement du pouvoir du créancier, accroissement juste car il s'agirait pour le juge de rétablir un équilibre rompu au profit du débiteur.

Le juge dès lors apparaîtrait encore comme un élément important du crédit, ainsi que nous l'avons dit plus haut, par l'appui qu'il peut fournir au créancier.

II. *Diminution des risques du créancier.* — Le crédit sera compris beaucoup plus facilement et plus largement appliqué si le risque inhérent à toute opération sur le futur peut être diminué. Mais à côté des moyens fournis directement au créancier sur le débiteur, moyens qui donnent au créancier une sécurité mais, seulement possible, il semble nécessaire de créer un moyen à la disposition du créancier pour arriver à ce but. Il ne dépend pas de lui que son débiteur soit solvable ou non. Il ne dépend pas du droit du crédit d'augmenter la solvabilité, et par là la sécurité. Au contraire, il dépend du droit de créer des moyens destinés à diminuer les risques : nous faisons allusion au système de l'assurance-crédit. Sans doute ce système est loin d'être mis au point et l'assurance-crédit a connu des déboires considérables depuis les crises d'après-guerre. Toutefois une réorganisation en semble possible. Il faut d'autant plus considérer que nous parlons ici d'un système d'assurance-crédit fonctionnant pour le crédit civil, or jusqu'à présent ceci s'est appliqué principalement au droit commercial. C'est précisément là que les difficultés étaient manifeste-

ment les plus grandes, et que les risques économiques et politiques devaient mettre en péril l'assurance-crédit. L'on doit bien reconnaître en fait que l'assurance-crédit qui avait porté tout son effort sur le commerce international est arrivée à peu près à un échec[1] du fait de la politique douanière suivie dans ces dernières années. Au contraire, l'application de ce moyen juridique au crédit civil peut se faire avec beaucoup plus de chances de réussite. Dans ce cadre, il n'y a pas les obstacles qui existent dans la vie commerciale ; l'assurance-crédit permettrait dans la vie civile un accroissement de l'emploi du crédit par la sécurité qu'elle ferait naître, par la documentation mise à la disposition des assurés et par l'abaissement du taux du crédit. Chacun de ces éléments étant étroitement lié aux autres.

La sécurité provient en effet d'une part du fait que l'assurance-crédit se substitue aux adhérents pour les impayés. C'est là son utilité principale. Elle assume le risque à la place du créancier et de ce fait supprime l'éventualité du non règlement à l'échéance et le risque fatal qu'il y a pour un créancier à avoir pour gage le patrimoine d'un individu. C'est un acte de prévoyance collective qui tend, ainsi que notre civilisation tout entière, à substituer au contact direct du débiteur et du créancier en personne, un contact par intermédiaires spécialisés dans telle ou telle branche. Mais l'on comprend bien que ce rôle ne peut être joué par l'assurance-crédit que si elle-même est suffisamment sûre de son assurance pour ne pas perdre continuellement. Et c'est précisément la multiplicité des aléas et des facteurs de changement qui rend son rôle très difficile en matière commerciale. L'assurance-crédit doit en effet être une véritable agence de renseignements afin de connaître

1. Bonnet, *L'assurance crédit et la crise économique*, Paris, 1935.

l'importance des engagements pris par tel débiteur futur, et savoir dans l'ensemble les indices de prospérité et de dépression de telle industrie ou de tel commerce afin de connaître les besoins d'une classe déterminée de la population et ses possibilités futures. Mais cette documentation que l'assurance prend pour elle-même, il est bien clair qu'elle peut la mettre à la disposition de ses adhérents pour que ceux-ci sachent quelle est la position économique de leurs futurs débiteurs. En droit commercial, l'on est bien obligé de reconnaître que, pratiquement, c'est à cela que s'est borné le rôle de l'assurance-crédit. L'intérêt que l'on peut y trouver, est, non seulement la documentation pure et simple, mais l'orientation du crédit, d'une part, et d'autre part la collaboration qui est ainsi créée entre tous ceux qui peuvent prêter, car l'on peut prévoir que les renseignements acquis par l'un seront vite transmis à l'assurance qui en fera profiter la masse des créanciers et prêteurs. C'est ainsi que pourraient se créer des courants de crédit civil, qui existent dans le commerce mais pratiquement pas dans la vie civile. Il y a donc un moyen d'orienter le crédit, de le distribuer à telle classe plutôt qu'à telle autre. Mais est-ce favorable au crédit ? (Rappelons sans cesse que le crédit est l'âme de la vie civile aussi, et que c'est en faveur du crédit que doivent fonctionner la plupart des institutions puisque celles-ci en dépendent.) Ceci est une autre question que nous examinerons au paragraphe suivant, celle de la centralisation du crédit et de son contrôle. Enfin l'assurance-crédit permet un crédit à meilleur compte. Cela tombe sous le sens, c'est l'effet du moindre risque, qui encourage les prêteurs à demander un taux d'intérêt moins élevé. Garantissant la bonne foi dans les opérations juridiques, elle peut être un facteur important de la disparition de l'usure.

Un droit du crédit actuel ne pourrait pas manquer de

prendre en considération ce moyen de développer cette institution, il devra en effet s'adresser à des moyens nouveaux de cet ordre pour assurer le crédit, plutôt que de s'en tenir à des techniques anciennes et périmées.

III. *Centralisation du crédit.* — Jusqu'à présent le crédit civil a été réparti entre un très grand nombre de mains. Les prêteurs étaient dans la plupart des cas des particuliers et, du prêt usuraire jusqu'au prêt hypothécaire, l'on peut considérer que le crédit était exclusivement privé. La question est de savoir si, devant l'importance actuelle prise par le crédit, et devant les dangers et l'ancienneté de la technique civile du crédit, il ne faudrait pas centraliser ce crédit. Non pas bien entendu créer un monopole du crédit, mais bien des organismes suffisamment grands pour suivre une politique du crédit, obtenir un contrôle et une assurance efficaces. Sans doute peut-on discuter sur la nécessité de ceci, mais nous sommes bien obligés de constater que devant la centralisation actuelle, il est difficile si l'on veut réorganiser le crédit civil et lui permettre de s'appliquer aux nécessités sociales, de ne pas vouloir qu'il soit unifié ou dirigé. Laisser le petit créancier libre, ou laisser les agences immobilières sans surveillance, c'est risquer de porter un tort considérable au crédit civil. L'on doit bien reconnaître que, du fait que les petits prêteurs jouissent d'une assez mauvaise réputation et que l'organisation plus vaste permettrait la constitution d'organismes sérieux, ayant la confiance du public, cela ne ferait sans doute pas disparaître les trafiquants du crédit, mais permettrait une lutte efficace contre eux. Pour constituer cet institut du crédit civil, l'on peut penser soit à l'Etat, soit à des particuliers comme les banques.

L'on ne peut imaginer d'ailleurs cette institution que comme un vaste organe de centralisation des diverses

sources de crédit civil, une sorte d'intermédiaire, comme le sont les banques, dont le rôle principal serait d'adapter les prêts offerts aux besoins du crédit civil et l'utilisation de l'assurance-crédit que nous indiquions plus haut. L'essai qui en avait été tenté d'une façon malheureuse n'est pas concluant.

Cet organisme régulateur remplacerait les créanciers disséminés par un seul représentant, simplifierait le recouvrement des créances et pourrait utiliser plus aisément les moyens techniques du crédit. Nous ne pouvons insister sur cette question. Nous l'indiquons seulement comme le sommet de l'édifice du droit du crédit tel qu'il pourrait être actuellement conçu.

Conclusion.

Nous venons de déterminer les grandes lignes que devrait suivre un droit actuel du crédit pour remplir toutes les conditions que nécessite le crédit civil. Ce n'est pas une réorganisation utopique que nous avons proposée, c'est au contraire l'expression des tendances sociales les plus certaines actuelles, appliquées à notre question. C'est aussi la traduction juridique de la notion de crédit telle qu'elle s'est dégagée pour nous de l'analyse des moyens techniques, faite dans notre première partie. Il nous reste à voir si le droit du crédit actuel répond aux exigences que nous venons de faire ressortir. Tout d'abord le droit en lui-même puis l'opposition traditionnelle entre crédit commercial et crédit civil. Qu'y a-t-il de justifié dans cette opposition ?

CHAPITRE II

LA LEGISLATION D'EXCEPTION

Nous verrons, dans ce chapitre, les lois relatives au crédit, dispositions prises récemment et qui manifestent dans cette matière, ce que l'on a appelé la Crise du contrat[1]. Toute cette législation est le type de ce que nous avons indiqué plus haut, lorsque nous avons parlé de la tendance actuelle à légiférer sans idée générale, afin de venir en aide d'une façon directe et peu juridique à une catégorie de citoyens (débiteurs ou créanciers). — Nous prendrons ici seulement quelques exemples relatifs au crédit qui n'ont d'autre but que de rendre sensible le fait que le droit du crédit actuel ne répond pas à la notion même du crédit; que ce droit est incertain, flottant et qu'il a besoin de précisions et de généralité qu'il ne peut atteindre s'il reste à l'état d'accumulation de règlements détaillés et temporaires.

Nous envisagerons d'abord les contrats qui visent directement le crédit, puis les actes législatifs qui favorisent telle classe de débiteurs au détriment du crédit, enfin l'effet de ces variations du droit.

1. Barreyre, *Evolution et crise du contrat*, thèse, Bordeaux, 1937.

Section I.

La crise des contrats de crédit.

Les lois portant sur le prêt lui-même ont fortement marqué le caractère d'incertitude du droit actuel. C'est en particulier les décrets du 16 juillet-8 août 1935 que nous voulons viser. En même temps, en effet, que le législateur restreignait les traitements de fonctionnaires de 10 % et par là entraînait une baisse générale des salaires du même ordre, il décida que les intérêts devraient aussi être réduits. C'est ainsi que l'on réduisit de 10 % le montant des intérêts des dettes hypothécaires et de certaines dettes privilégiées. D'autre part, le même décret permit de rembourser d'avance les dettes. Cette permission provenait du fait que les intérêts avaient baissé à ce moment par suite de la politique de dévaluation. Nous nous trouvons en présence, avec ces deux actes législatifs, de ces interventions condamnables qui provoquent un malaise économique. De même que la restriction du taux de l'intérêt sous Henri IV, de même que les moratoires de guerre, de même ici nous voyons une rupture avec l'ordre des contrats, même l'assurance que le créancier avait prise avec l'hypothèque pour obtenir son paiement est rendue inefficace. Sans doute le remboursement anticipé n'est pas une atteinte grave au crédit, mais il marque néanmoins un relâchement dans la vie juridique qui n'est pas compatible avec un crédit sain.

Une autre question, souvent posée, réside dans la crise de l'épargne. Elle provient de bien des raisons, mais l'on ne peut pas nier que l'une d'elles est l'instabilité ou l'incohérence de certaines lois. Nous avons parlé du concordat préventif comme d'une institution excellente et qui paraît

nécessaire dans un droit de crédit moderne ; mais il ne faut pas oublier que les lois sur la faillite ont été en grande partie la cause de l'absence de confiance pour les placements, car il est difficile de distinguer ceux qui sont justifiés, solides et honnêtes, de ceux qui sont seulement brillants. De même les lois concernant le contrat de travail ont tellement modifié le régime normal du travail que des entreprises nombreuses ont dû cesser et que, l'épargne s'est trouvée déséquilibrée, avec tendance à se replier sur elle-même.

Section II.

Lois favorisant une classe de débiteurs.

L'exemple le plus classique est celui des lois de loyer ; après les lois de moratoire qui étaient juridiquement justifiées (et non seulement moralement ou économiquement). Mais en face des lois favorables au débiteur, étaient créées des lois favorables au créancier (loi du 6 juillet 1925 permettant au propriétaire d'augmenter le prix des baux à longue durée). Ce n'était pas le droit commun qui était appliqué, mais enfin le législateur agissait avec équité. Par la suite, l'on sait les innombrables lois (la loi de 1929, qui établit le statut de la location d'immeubles était la vingt-cinquième loi sur les loyers) qui seront prises suivant les fluctuations des monnaies et la hausse du coût de la vie. Elles montrent toutes la volonté du législateur de s'écarter du droit commun et d'adapter de plus en plus la vie des contrats à la vie économique. Or, il faut bien noter que si l'on veut enlever complètement l'aléa des contrats, si l'on veut, en d'autres termes, obliger le contrat à suivre de gré ou de force les variations économiques, si l'on veut arriver à la justice complète entre les parties au moyen d'une loi,

l'on arrivera à une série de mesures exceptionnelles, à une série d'injustices en réalité consécutives aux ruptures des conditions du contrat. Dans toute cette recherche de la justice particulière par la loi, il y a une double erreur; tout d'abord l'erreur qui consiste à vouloir rompre un état de choses par une disposition législative; ensuite (et ceci est plus grave) l'erreur qui tend à faire croire que la justice entre particuliers est l'œuvre directe de la loi : en fait il faut considérer que la loi n'est qu'un instrument à atteindre la justice; que ce sont les parties entre elles qui, au moyen de la loi établissent leur justice; c'est là le sens de l'article 1134.

Par la suite, après une période de calme relatif, qui dura jusqu'en 1930, après la prospérité consécutive à la première stabilisation, vient une nouvelle période de multiplication de lois. Les majorations de loyer sont de plus en plus diminuées, les résiliations de bail sont interdites; en outre les loyers sont tous diminués de 10 % en 1935, et la majoration promise à courir du 1er juillet 1937 fut supprimée par la loi du 30 juin 1936. Il y a donc là un ensemble de sacrifices demandés au propriétaire; mais ces dérogations au contrat qui avait été passé ne pouvaient pas s'expliquer autrement que par la volonté d'être favorable au locataire, au débiteur. Or, s'il est bien certain que quelques classes de locataires étaient intéressantes et méritaient d'être secourues, il n'en était pas de même pour tous. Nous revenons ici à la critique que nous avons déjà formulée : le législateur peut favoriser certains débiteurs dans des cas exceptionnels, à condition que ce soit pour une raison économique précise, et pour l'avenir seulement. Il faut bien reconnaître qu'ici, ce qui a guidé le législateur c'est la majorité électorale, plus qu'autre chose, et que les raisons économiques, mises en avant ne sont pas aisément justifiables : l'on sait qu'il est impossible de classer tous les locataires dans une

même catégorie économique et les critiques faites au point de vue financier sur la prise du loyer comme base d'imposition suffisent amplement. Quant à la disposition pour l'avenir seulement, nous arrivons ici à l'une des plus graves atteintes aux principes du contrat. Le fait le plus sérieux est que les propriétaires n'ont plus le droit de résilier quand ils le veulent, et sur les bases contractuelles qu'ils avaient fixées, le bail qu'ils ont passé. C'est là un des faits essentiels et qui devait paraître fatalement lorsque le législateur est venu troubler brutalement l'économie du contrat. En effet, prendre les dispositions relatives aux prix, sans en même temps prendre des dispositions pour empêcher les propriétaires de rompre ce contrat, c'était faire une œuvre inutile, la plupart des propriétaires préférant résilier le contrat sans aucun doute. Mais on voit l'énormité de la dérogation : on enlève aux contractants le bénéfice de clauses parfaitement légales qu'ils ont établies, d'où rétroactivité en fait et modification des rapports contractuels. Le contrat n'est plus en réalité la loi des parties.

Dans les baux à ferme, on trouve à peu près la même évolution. Mais après une loi en faveur du débiteur, nous voyons une loi en faveur du créancier (loi du 9 juin 1927, qui permet sous certaines conditions aux propriétaires de majorer les prix des baux de ferme). Cette loi, prise comme les précédentes sous l'influence de considérations économiques, n'est pas plus justifiable que celles en faveur des débiteurs, le crédit est en effet aussi fortement attaqué lorsque les débiteurs sont mis dans une position instable, que dans l'autre cas. D'ailleurs les mesures prises au profit du créancier ne sont pas faites pour durer. Au fur et à mesure que la crise économique s'accentue, des réductions successives sont permises par des lois de 1933, 1935. Ceci revient à l'application légale de la théorie de l'imprévision, mais alors que celle-ci était restée jusqu'à présent une

théorie considérée comme dangereuse et que l'on ne devait appliquer qu'avec la plus extrême prudence, voici que, maintenant, sans souplesse, sans modalités, on vient de la mettre en vigueur pour un grand nombre de cas. Or, nous voyons ainsi à quel point le droit devient un facteur de restriction du crédit : appliquer officiellement la théorie de l'imprévision, c'est porter la plus grave atteinte au crédit, c'est enlever au contrat son caractère de gravité pour les contractants.

Nous retrouverons exactement les mêmes faits pour les rapports contractuels entre commerçants et industriels; la loi de 1933 a permis aux commerçants, industriels et artisans de réduire les baux antérieurs au 1er juillet 1932; l'on fixera une valeur locative équitable d'après tous les éléments d'appréciation. Et ceci, ainsi que la loi de 1935 permettant de nouvelles réductions, vient se greffer sur la situation créée par la loi de 1926, qui mettait pratiquement le sort du bail commercial entre les mains du locataire. Cette loi prévoyait, en effet, que, si le locataire demande le renouvellement du bail, et si le propriétaire le refuse, celui-ci devait une indemnité dont le type était variable. La loi prévoyait quatre sortes d'indemnités (plus-value, enrichissement, éviction, de mauvaise foi) et, en fait, ces indemnités étaient si lourdes que le propriétaire était tenu de renouveler le bail indéfiniment.

Voici un exemple de l'action de la loi sur le crédit par le déséquilibre et l'incertitude que crée le droit. Nous ne voulons pas dire que le déséquilibre économique soit préférable, mais que, au lieu de remédier à ce déséquilibre économique directement (ce qui engendre une législation d'exception et une nouvelle désorganisation du droit), le législateur doit se borner à mettre entre les mains des particuliers des moyens juridiques, sous le contrôle du juge, destinés à permettre aux particuliers de pallier à ce déséquilibre.

Un autre exemple de ceci, mais où l'intervention du législateur paraît plus justifiée, nous est fourni par les délais accordés, presque dans le même ordre d'idées que celui que nous avons signalé dans notre premier chapitre. Lois du 20 et 21 août 1936, qui permettent l'octroi de délais aux producteurs agricoles et aux commerçants industriels et artisans. Pour les uns, il s'agit des dettes contractées pour les besoins de leur exploitation, et d'un délai de un an au maximum, accordé par le juge. Pour les autres, il s'agit des dettes dont l'exécution empêcherait l'exercice normal de la profession. Et le législateur va même plus loin, disant que même les mesures conservatoires qui empêcheraient le travail sont interdites. D'ailleurs ces dispositions ne sont prises qu'en faveur des petits commerçants ou industriels (ceux qui ne sont pas inscrits à l'impôt sur le revenu). Ce sont là des faits pleinement justifiables puisqu'une raison précise les dicte; mais l'on considère cependant qu'il s'agit là d'une législation de crise, exceptionnelle. Or, il nous semble que ces lois répondent bien à certaines exigences du crédit, dégagées plus haut : assouplissement de la sanction, parce que ce n'est pas la sévérité de la sanction qui fait le crédit, mais la valeur que les parties attribuent au contrat lui-même. Si l'on estime que ces lois aggravent la crise du crédit et du contrat[1], c'est qu'elles ne rentrent pas dans un cadre juridique fait pour elles. Une fois de plus la loi s'est appliquée non pas au problème du crédit dans son ensemble, mais spécifiquement à une question. La solution donnée à celle-ci peut être bonne, mais elle ne peut s'appliquer ou avoir d'heureux effets que si elle est englobée dans toute une série de réformes provenant du même esprit, et orientées dans un même sens.

1. Barreyre, *op. cit.*, p. 103.

Section III.

Effets de cette législation sur le crédit.

Les résultats de cette législation se ramènent à une diminution de la valeur du contrat, à une instabilité des rapports de crédit, à une restriction de l'aléa nécessaire.

Nous nous bornons à envisager les effets juridiques. Il faut ajouter à ceux-ci l'influence des perturbations économiques et sociales que nous ne pouvons voir ici.

La diminution de la valeur du contrat en lui-même provient du fait que le législateur le considère de plus en plus comme une institution. De ce fait il n'est plus, en réalité, la loi des parties, mais un rapport contingent, simple effet de l'application de règles supérieures auxquelles les parties se soumettent d'autorité en contractant. Mais cette atteinte au contrat n'atteint pas le crédit en même temps; nous avons montré plus haut que le contrat change d'aspect, mais que sous cet aspect-là, il n'a aucune influence sur le crédit; au contraire, lorsque la loi apprend aux parties à ne plus respecter le contrat, elle a une influence néfaste sur le crédit. Le contrat actuellement peut être modifié sans le consentement mutuel, les effets du contrat ne peuvent plus être vraiment prévus. C'est même là le danger — le revers — qu'il y a à considérer le contrat comme d'essence institutionnelle et plus d'essence volontaire : les parties peuvent élaborer un contrat aussi précis et minutieux qu'elles voudront, si les règles de ce contrat dépendent de règles générales qui peuvent être modifiées, elles ne seront jamais à l'abri d'un bouleversement. Les parties ne peuvent plus maîtriser l'avenir par une sage prévoyance, parce qu'il ne dépend plus seulement de faits que l'expérience à permis de connaître, mais aussi de la libre intervention

du législateur. Si l'on se place ouvertement sur le terrain institutionnel, ce fait est d'une importance secondaire. Mais sur le terrain contractuel où nous restons encore, il est grave : les conditions du contrat changeant sans permettre aux parties de le résilier, elles se trouvent telles que les parties n'auraient peut-être pas contracté du tout : les lois sur le loyer ont transformé des contrats temporaires en contrats à longue durée. Les échéances ont été modifiées, si bien que le créancier ne peut être certain de la date de son paiement. Ainsi les parties sont conduites à ne plus respecter le contrat lui-même, et à ne plus faire confiance à leur effort de fixation des conditions juridiques. C'est là une atteinte directe au crédit. Le résultat, en effet, sera de diminuer les offres de crédit. En outre, devant la « psychose de favoriser le débiteur », le créancier s'efforcera de prêter à très court terme. Mais ceci va empêcher le développement du crédit civil, en maintenant celui-ci dans la sphère du crédit de consommation et en l'empêchant d'atteindre au crédit à la production. Le débiteur, en outre, pourra contracter avec le ferme espoir que des lois postérieures viendront modifier et améliorer sa situation. Ceci s'est rencontré pour les lois de loyer en particulier, et pour les clauses de paiement-or. D'autre part, les lois qui sont trop fréquemment rétroactives entraînent après elles le manque de confiance qui suit le changement des situations juridiques concrètes. Le principe, jusqu'ici respecté, de la non-rétroactivité des lois est en fait bouleversé dans nombre de textes législatifs, ainsi dans les lois sur les assurances, sur le contrat de travail.

Nous assistons, en outre, avons-nous dit, à la diminution de l'aléa des contrats. C'est même précisément le but de toutes ces lois. Or, nous avons montré qu'un certain aléa est nécessaire au crédit, un aléa raisonnable, limité, mais existant malgré tout, et la tendance législative et juris-

prudentielle est sa suppression. En particulier, multiplication de l'enrichissement sans cause. Pour qu'il y ait enrichissement sans cause, il faut, on le sait, qu'il y ait enrichissement d'un patrimoine sans cause légitime, et, en contre-partie, qu'il y ait appauvrissement d'un autre patrimoine, avec un lien de causalité entre cet appauvrissement et cet enrichissement. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1915 fixe un point intéressant : « Attendu que l'action *de in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, et qu'elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé », c'est précisément le cas où l'on peut ramener l'enrichissement provenant de l'aléa du contrat. Si l'on sépare, en effet, le gain normal attaché au contrat, et qui peut être calculé d'après l'équité, du gain anormal (l'exemple le plus évident est celui des bénéfices de guerre), celui-ci ne peut être réclamé que par l'action *de in rem verso*; mais ceci était empêché jusqu'à présent par la raison que donne l'attendu : les effets du contrat définis par la loi ne peuvent être écartés au moyen de cette action. Or les lois nouvelles, n'admettent plus comme effet du contrat le déséquilibre des prestations résultant d'un enrichissement sans cause. Les différences de fluctuations des cours, pendant l'exécution d'un bail ou celle d'un contrat à prestations successives, entrent de leur fait dans la théorie de l'enrichissement sans cause : la cause se trouve à la vérité dans le jeu naturel des lois sociales, mais cela doit précisément être éliminé. Voici alors à quel point une telle tendance peut ruiner le crédit : elle tend à substituer au contrat passé sur le futur, le

contrat exécuté sitôt que conclu. Locations verbales qui ne comportent pas d'engagement ferme, achats au comptant. Mais cette substitution entraîne l'anéantissement du crédit, et de la richesse qu'il cause.

Enfin, effet qui peut paraître absolument opposé au précédent, mais qui, en réalité, en est un corollaire, nous assistons à une instabilité croissante dans les rapports de crédit. Sous le prétexte de remédier à certaines inégalités, le législateur en a créé, inconsciemment, d'autres et a provoqué l'instabilité dans les rapports contractuels. Nous trouvons alors le créancier, ou le futur créancier, en présence de moyens classiques et de moyens nouveaux, pour s'assurer son paiement. Les moyens classiques sont en fait inusités et très lourds à manier. Les moyens nouveaux de crédit n'ont pas trouvé leur équilibre, ne sont pas arrivés à leur plein état de développement. Et, eux seuls qui correspondent à l'état actuel du crédit, ce sont eux précisément que le législateur est le plus porté à modifier, à bouleverser, sans parler du contrat en lui-même.

Voici les principaux effets, véritablement néfastes, des lois exceptionnelles; ce que nous avons dit de l'importance du contrat dans le crédit, l'étude que nous avons faite du créancier chirographaire suffisent à faire comprendre que le législateur joue ici un rôle mauvais, car le crédit est un instrument sensible qui enregistre les moindres perturbations de la vie juridique ou économique.

CHAPITRE III

COMMERCIALISATION DU CRÉDIT CIVIL

Il n'y a plus beaucoup à discuter le fait à l'heure actuelle de la commercialisation de la vie civile. Celle-ci se rapproche de plus en plus de la vie commerciale, en particulier lorsqu'elle exige une plus grande rapidité dans les transactions — ce qui entraîne des formes simples et une procédure accélérée — d'autre part, la bonne organisation du crédit. Réservons celle-ci. Quant à l'autre question, le recours au droit commercial comme modèle est devenu presque une règle générale, semble-t-il. Mais il y a plus. Alors que la tendance du droit civil est d'accepter une réorganisation (mais non une unification) sur la base du droit commercial, la tendance de celui-ci est d'empiéter sur le domaine du droit civil. Il faut bien distinguer les deux. Si, en effet, par exemple, le droit civil admet la faillite, le concordat préventif, il les insérera dans ses institutions propres, dans la vie civile, et le « climat » du droit civil, quoique modifié par ces interventions, n'en restera pas moins propre. Que le statut et les institutions civiles restent différents de toutes les créations commerciales, et qu'il y ait une autonomie, c'est plutôt là un phénomène d'assimilation qu'autre chose. Mais le droit civil garde ici sa direction et c'est une simple phase de son évolution. C'est à cela que nous devons rattacher le fait que la personnalité morale, accordée d'abord aux sociétés commerciales a été étendue aux sociétés civiles

par la jurisprudence, puis par la loi. De même la loi du 18 juillet 1898 lorsqu'elle a créé les warrants agricoles a fait entrer dans le droit civil des institutions jusqu'alors spécifiquement commerciales. C'est là un des cas les plus typiques, car il venait contredire formellement des règles bien assises du gage civil, et cependant, il est incontestable que ce n'est pas le droit commercial qui attirait ici à lui des faits du droit civil. De même, M. Laurent[1] a raison de remarquer que la publicité du contrat de mariage, qui avait été établie pour les seuls commerçants a été étendue ensuite aux non commerçants. Et à côté de ces extensions législatives l'on doit compter les extensions de la pratique, c'est ainsi que la lettre de change a cessé de s'appliquer exclusivement à la vie commerciale, quoique restant toujours un acte de commerce, pour s'introduire dans la vie civile.

Mais il n'y a pas que cette influence générale, se traduisant ainsi par des faits d'imitation, il y a aussi le fait de la conquête de certains domaines jusqu'alors réservés au droit civil et qui maintenant tombent sous la coupe du droit commercial. L'analyse de ces cas a été faite par M. Chavrier[2] au sujet de la notion de commercialité[3]. Nous rappellerons ses positions pour compléter ce tableau de la commercialisation : Il y a extension du droit commercial par un certain changement de base dans la notion de commercialité qui s'est déplacée de la personne pour se reporter sur l'acte. A l'heure actuelle, la commercialisation étendant le droit commercial hors de ses limites propres est bien basé sur l'acte accompli et plus généralement la notion d'entreprise. Ceci se dénote dans des inter-

1. Laurent, *Fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse, Paris, 1903.
2. Hamel, « Rapports du droit civil et du droit commercial en France » (rapport de La Haye, Congrès de droit comparé, 1932), *Annales de droit commercial*, 1933, p. 183.
3. Chavrier, *Evolution de l'idée de commercialité*, thèse, Lyon, 1935.

ventions législatives et des interventions jurisprudentielles. Nous laisserons de côté les interventions qui se rapportent au crédit pour les examiner en détail. Parmi les interventions du législateur, l'une des principales se trouve dans la commercialisation des sociétés à forme commerciale et à objet civil. La forme commerciale a pour but seulement de permettre aux organisateurs de profiter des institutions du commerce mais le législateur a soumis en contre-partie ces sociétés aux obligations de toutes les sociétés commerciales : ainsi pour les sociétés en commandite par intérêt et les sociétés à responsabilité limitée. Ceci soulève d'ailleurs la difficulté des actes faits par ces sociétés : sont-ils dépendants de l'un ou de l'autre droit? une solution générale est impossible. Le droit civil reste le droit commun et par conséquent seul capable de régir les actes concernant le statut patrimonial de la personne en général, pour tous les autres actes, ils relèvent de l'organisation commerciale.

A côté de cette extension nous trouvons celle relative à l'exploitation minière qui devient entièrement commerciale par la loi du 9 septembre 1919 après avoir été pendant un temps soumise à un statut mixte. Ici, ce n'est point l'acte qui est considéré comme commercial mais l'entreprise elle-même qui en présente tous les caractères, et ceci donne à penser que c'est là le caractère principal de l'évolution de la vie civile : elle prend des formes commerciales parce que celles-ci sont mieux adaptées et du fait de la technique, industrielle ou autre, l'on est bien obligé sous peine d'illogisme de considérer ces opérations, ces entreprises comme ressortissant au domaine commercial.

Enfin l'on s'est demandé si les opérations immobilières étaient restées civiles : la loi du 13 juillet 1925 attribuait la qualité commerciale à toute personne faisant profession de vendre des immeubles, mais à la suite d'un flottement dans la jurisprudence, il paraît bien net que l'on doit se

placer ici seulement au point de vue fiscal, comme la loi qui a pris cette décision, et que les actes d'achat et de revente d'immeubles, auraient-ils un caractère spéculatif, restent civils.

A côté de ces interventions législatives, il faut placer les interventions de la jurisprudence agissant dans le même sens : L'exemple le plus connu est celui de l'extension par analogie de la commercialité des achats pour revendre, acte prévu par le Code de commerce.

C'est sur la base de l'idée de circulation que ceci a eu lieu, principalement pour les produits du sol (par exemple le fait qu'un agriculteur qui vend plus de blé qu'il n'en a récolté, fait un acte de commerce). Mais l'on s'est également servi de l'idée de spéculation et l'on peut alors se demander si toutes les lois d'exception dont nous avons parlé plus haut ne peuvent pas en somme se rapporter à cette idée, et qu'elles seraient des applications des principes du droit commercial, beaucoup plus proche de la réalité sociale et économique que le droit civil. Par un arrêt de 1868 la Cour de cassation met en évidence que toute intention spéculative déplace l'acte du domaine civil vers le domaine commercial. Et ce principalement dans la matière des opérations de bourse et de souscription d'actions.

La jurisprudence est encore intervenue pour étendre la théorie de l'accessoire ; la question qui se posait, étant donné le contenu de la loi commerciale, c'était de savoir si tout acte intervenu entre les individus mentionnés par le législateur devait être considéré comme commercial ; et d'autre part si la qualité de commerçant d'une seule des parties ne suffisait pas : ceci fut tranché positivement dès 1836. Donc c'était enlever au tribunal civil la compétence de toutes les affaires où un commerçant est mêlé ; à cela devait se joindre la théorie de l'accessoire par laquelle on décide que sera du domaine commercial, toute obligation qui se

rattache au commerce et en est un accessoire. Ceci s'appliquera tant aux obligations contractuelles qu'aux autres. Dans les premières, les exemples les plus simples sont relatifs aux opérations immobilières et à l'achat et vente des fonds de commerce. Et le plus extraordinaire est que cette notion de commercialité a pu pénétrer même dans le domaine délictuel (trib. comm. Fécamp, 10 déc. 1930, *G. P.*, 31.1.71). Enfin, dernier domaine d'extension de la commercialité, mais qui, cette fois, sort en grande partie du domaine civil : la commercialisation des professions : comme celle des entreprises d'assurances, des professions libérales ou des professions agricoles. Mais l'un de ces exemples de commercialisation, tout spécialement important pour la vie civile se rencontre dans le mandat : une jurisprudence très ferme montre que le mandataire, lorsqu'il se confond avec le mandant, ne se distingue pas, au point de vue professionnel, reste sous le joug du droit civil, au contraire, lorsqu'il y a une certaine autonomie de la profession du mandataire, il peut y avoir acte commercial : ainsi pour le régisseur d'immeubles, l'agent d'assurances, le représentant de commerce.

Nous avons ainsi fait un tableau général de l'influence du droit commercial sur le droit civil. Cette influence est-elle bonne ou non, bien des discussions ont été soulevées à ce sujet, nous ne pouvons songer à les envisager. Ce bref exposé des faits actuels nous permettra seulement de dégager, à propos du crédit, l'atmosphère générale de cette lutte, et les à-côtés qui peuvent avoir leur importance dans l'admission ou le rejet de cette tendance.

Quant au crédit lui-même, il faut tout d'abord voir les ressemblances et différences de la notion de crédit dans les deux droits, puis, après avoir étudié les faits positifs de commercialisation, étudier les avantages et les inconvénients que cela représenterait.

Section I.

Unité et diversité de la notion de crédit.

Sous des aspects divers, le crédit civil et le crédit commercial ont au fond le même contenu et correspondent à des notions semblables. Nous trouvons dans le droit commercial les mêmes ressorts au crédit, avec la production des richesses, et c'est même là que ces buts se sont révélés comme essentiels. Le crédit commercial en outre repose aussi sur la personne du débiteur, et naît à l'occasion de contrats. Dans ces contrats, c'est aussi le lien obligatoire qui tient la première place. Sans doute, en droit commercial, les sanctions seront-elles plus « brutales » qu'en droit civil[1]. et il y a là une opposition très nette entre les deux droits. Mais cette particularité est entraînée par le fait que le débiteur commercial doit être considéré comme plus coupable, parce que, précisément, il est plus libre, et que le droit du commerce exige pour la rapidité et la sûreté une exécution infaillible. Il n'en reste pas moins que, si celle-ci joue un plus grand rôle qu'en droit civil, c'est encore le lien obligatoire qui tient la première place, même lorsque ce lien obligatoire devient abstrait comme dans la lettre de change.

A l'origine, les oppositions entre les deux types de crédit étaient assez faibles, seulement du simple fait qu'il y avait division, il y avait tendance à développement particulier de chacun, et bien entendu, développement plus rapide dans la branche qui était plus en contact avec l'économique.

1. Comme exemple de cette brutalité, l'on peut citer la suppression des délais de grâce.

C'est là la raison pour laquelle le crédit commercial paraît beaucoup plus évolué et beaucoup plus ramené à des questions générales que personnelles. Mais sitôt que le régime de solidarité dans la production, la circulation et la répartition eut paru, les mêmes besoins du crédit se sont fait sentir dans le droit civil, d'où tendance à la commercialisation du crédit civil. Nous avons donc les mêmes éléments de la notion de crédit (et plus encore qu'en droit civil, nous avons ici le facteur confiance qui joue) et toutes les principales tendances que nous avons indiquées, nous les retrouvons : le droit commercial a devancé le droit civil dans le domaine du crédit à la production par exemple. De plus, la préoccupation de laisser au débiteur le moyen de travailler est au premier chef dans le droit commercial. Il n'est d'ailleurs pas besoin d'insister en matière d'effets de commerce, le dessaisissement et la déchéance du failli, la solidarité des codébiteurs commerciaux. Ces exemples prouvent que cette exécution atteint une dureté inconnue au droit civil, mais qui ne paraît pas non plus être utile en cette branche du droit sur l'unité de cette notion de crédit, car elle semble évidente. Mais alors la question qui se pose est de savoir pourquoi, répondant à une même notion, il y a eu de telles différences entre crédit commercial et crédit civil. Suffit-il de dire que c'est une différence de contact avec la réalité économique ? (comme nous l'avons dit plus haut) et si oui, quel est le sens précis de cette différence : c'est ce qu'il faut examiner.

Il est incontestable que des oppositions très nettes existent entre les deux ordres de crédit : en droit civil le crédit est figé, rigide, peu évolué, le crédit commercial est souple, en rapport constant avec la réalité, très complexe, doté d'un bien plus grand nombre de moyens. On peut expliquer ces oppositions en disant que les nécessités du commerce ont assoupli le crédit, mais ce n'est pas une réponse assez

nette, et d'autre part il faut, pour la faire, distinguer les nécessités du commerce, les actes qui ont donné naissance à ce type de crédit. Or il y a souvent peu de différences entre ces actes, surtout depuis que dans le droit civil, l'on voit s'orienter le crédit vers la production. Et sitôt que l'on veut analyser les raisons pour lesquelles il y a cette opposition que nous avons marquée dès le début de cette partie, l'on s'aperçoit d'une différence essentielle quant à la nature des sujets du crédit. L'on ne peut pas comprendre, avons-nous dit, le crédit détaché de la personne, en droit civil. Or, en droit commercial, vis-à-vis du crédit, et par la nature même du commerce, nous trouvons une double différence : le crédit préexiste à la personne, et d'autre part il y a différence de nature entre les personnes.

Tout d'abord, le crédit commercial préexiste souvent à la créance. En droit civil, pour qu'il y ait un crédit qui naisse, il faut un créancier. Il faut une personne qui ouvre ce crédit et l'assure, il faut un acte qui annonce cette naissance : c'est ce que nous avons dit lorsque nous avons employé la formule du crédit étroitement lié au contrat. Dans le droit commercial, sans doute, on retrouve l'idée du contrat, mais elle est voilée souvent par le fait que le crédit est une création abstraite qui existe avant que l'on ne soit venu l'utiliser. Pour faire comprendre ceci, l'on peut user de l'analogie avec l'ouverture de crédit qui existe en matière commerciale : un banquier ouvrira, sur la demande d'un client, un crédit *in abstracto*, pour telle période de temps, en attendant que le client veuille en faire usage. Il ne faut pas cependant, par cette analogie, faire d'erreur : il n'y a pas crédit au moment où on l'utilise, mais auparavant. L'acte de crédit prend naissance au moment où celui-ci ne s'applique encore à rien, alors que l'acte de crédit en droit civil se rattache forcément à un contrat déjà existant. Cet exem-

ple nous montre que l'une des caractéristiques de l'acte de crédit commercial est d'être indépendant de tout acte principal, et que le crédit est une forme juridique en lui-même. Les rapports de la vie commerciale sont infiniment plus complexes que ceux de la vie civile et l'on ne peut pas réduire le crédit à un rapport de créancier à débiteur. Il y a plus, et c'est pour cela que le crédit se détache de l'acte en vue duquel il naît. Il y a là un double aspect de la question à envisager, le rapport entre le crédit et l'acte qui lui sert de cause, est à la fois plus étroit et plus lâche qu'en droit civil.

Plus lâche, nous venons de le montrer, car ce crédit peut être abstrait de tout acte principal, et exister en attendant cet acte principal. Plus étroit en même temps, ce rapport l'est sans doute, parce que tout le droit commercial est orienté dans le sens du crédit et qu'il n'y a pas d'acte commercial qui ne soit pas basé sur le crédit. Pratiquement l'on ne rencontre pas d'acte commercial, sans, en même temps, trouver des moyens de crédit, des dispositions juridiques relatives au crédit. Mais alors l'on aperçoit la distinction à faire : le droit du crédit, avec les sûretés et les moyens d'avoir du crédit, est moins fixe en droit commercial qu'en droit civil, et il est plus abstrait des actes principaux, à l'occasion desquels on utilise ce crédit. Au contraire les moyens de crédit rattachés à l'acte principal (ce qu'en droit civil on appellerait les moyens d'assurer le crédit du créancier chirographaire) sont beaucoup plus étroitement liés à l'acte (appartiennent à la nature de l'acte) qu'en droit civil.

Nous avons dit en outre qu'il y avait une différence de sujets du crédit commercial et du crédit civil : et ceci se manifeste à un double point de vue. Tout d'abord il y a la personne des commerçants qui est différente de celle des créanciers ou débiteurs civils. Sans vouloir nous prononcer

sur la question difficile de la caractéristique du commerçant, nous croyons que la thèse soutenue par M. Chavrier est tout particulièrement utile en notre matière. Celui-ci, après avoir montré que le critère subjectif et le critère objectif de commercialité sont insuffisants, et surtout incomplets, tend à prouver que l'on ne peut les séparer l'un de l'autre et que le droit commercial est un droit professionnel, mais que loin d'être corporatif, il est le droit de l'activité du commerçant, plus que son statut; l'on arrive alors à l'idée que c'est la considération de l'activité qu'exerce le commerçant qui détermine son caractère, et que, d'autre part, c'est l'organisation destinée à cette activité que l'on doit considérer. Ainsi l'on envisage à la fois la personne du commerçant et les actes de commerce. Or, conclut M. Chavrier, qu'est-ce qui permet d'envisager les deux ensemble : c'est la notion d'entreprise. Sans vouloir étendre ces solutions à toute la question de la commercialité, force nous est faite de reconnaître que le sujet du crédit commercial, c'est bien l'entreprise, et non pas l'individu. L'entreprise, c'est-à-dire l'établissement qui est professionnellement organisé : qui emploie les méthodes du crédit commercial, qui traite des affaires qui exigent la forme du crédit commercial, et ceci n'est pas une abstraction, mais se concrétise dans des faits comme l'importance des crédits en banque, la forme des achats et des ventes. Et que, d'autre part, ce crédit ait pour but essentiel la production des richesses.

Tel est donc le sujet du droit commercial, ce sujet est très différent de celui du droit civil. Le sujet du droit civil est l'individu qui n'exerce pas une activité particulière mais l'activité juridique que nécessite sa qualité d'être humain. Il exerce « ses droits ». Et à l'occasion de ses droits, il peut employer le crédit, comme l'un de ses droits. Le sujet du droit commercial au contraire est un être créé par le

droit et l'économie précisément en vue de certains actes particuliers. Et, ces actes particuliers, nous venons de le voir, sont si étroitement liés au crédit, que l'on ne peut les en séparer. L'on voit donc l'opposition : en droit civil, le droit du crédit apparaît comme un droit parmi les autres, extrinsèque au sujet du droit civil, alors que dans le droit commercial, le crédit étant le fondement des actes de commerce, il est absolument intrinsèque au sujet du droit commercial. Il n'y a pas de sujet du droit commercial, d'entreprise, sans crédit. Il était donc nécessaire de fournir au crédit des moyens particulièrement nombreux et efficaces puisque la vie de l'entreprise en dépendait. Il y a là une opposition de fond, car le crédit commercial est alors fait pour un groupe et non pour des individus[1]. Ce crédit n'est pas orienté dans le sens des intérêts personnels, mais il sert en quelque sorte d'huile de graissage de toute la machine commerciale : il est fait pour le milieu et non pour l'individu.

Le second point de vue qui manifeste la différence de sujets du crédit commercial et du crédit civil, dépend du précédent : l'on constate, en effet, en analysant les dispositions de l'un et de l'autre, en considérant les moyens de l'un et de l'autre pour assurer le crédit que le droit commercial prend en considération davantage le débiteur, alors que le droit civil prend en considération le créancier. Nous avons déjà fait remarquer que, jusqu'ici, le moyen principal pour assurer le crédit civil était le contrat stipulé en faveur du créancier. Et toute la législation est orientée dans ce sens : c'est en multipliant les droits du créancier,

1. Une phrase de M. Chavrier est symptomatique à ce sujet (thèse, p. 159) : « Le droit commercial est éminemment social, c'est le droit des sociétés, des usines, des ateliers, des exploitations et des fonds de commerce ; on peut escompter que dans un avenir prochain, l'individu ne sera considéré comme sujet des règles consulaires qu'en tant que directeur, administrateur, chef ou gérant de ces groupes. Ceux-ci ont leur vie propre ; c'est elle et non pas les désirs de l'individu que le droit commercial doit protéger. »

semble-t-il, que l'on a voulu fortifier le crédit. Actuellement, ce n'est plus en accord avec les tendances du droit civil, et nous avons montré que l'on doit tenir compte du débiteur dans cette forme de crédit. Dans la vie commerciale, c'est au contraire le débiteur qui devient le personnage principal, et c'est en fonction de lui qu'est constitué le droit du crédit. Cette différence se rattache à l'origine à l'idée que le crédit commercial est orienté vers la production : ici l'argent est supposé productif, l'on doit donc considérer essentiellement le débiteur qui doit le faire produire et l'on cherchera à faciliter cette utilisation : c'est la politique actuelle du crédit commercial et poursuivie (avec prudence toutefois) par les banques. A l'origine, le crédit civil est au contraire crédit de consommation : le créancier n'ayant pas d'espoir d'être remboursé grâce à l'activité de son argent, devra être protégé par des droits plus étendus sur l'ensemble du patrimoine. Mais à côté de cette différence originaire entre les deux, il y a maintenant une justification profonde de ce double courant. La justification que nous venons d'indiquer cesse de valoir réellement parce que le crédit civil s'oriente aujourd'hui vers la production, ainsi que nous l'avons dit. Et cependant, les positions des deux droits ne peuvent pas se rejoindre entièrement et en fait ne tendent pas à se rejoindre sur ce point. Ceci provient de la différence signalée plus haut : l'entreprise vit par le crédit, exclusivement, et c'est elle, à la fois sujet du droit commercial, et débitrice en fait dans l'organisation du crédit. Il était alors nécessaire de prendre surtout en considération la position du débiteur par cet acte essentiellement courant. Au contraire, dans le droit civil, l'acte de crédit est encore suffisamment exceptionnel pour provenir d'un droit particulier, pour naître d'un contrat où forcément, ce sera la position du créancier qui dominera.

Voici donc les principales oppositions entre le droit du

crédit commercial et civil. Ces oppositions ne sont certes pas fondamentales comme nous l'avons vu, mais proviennent plutôt de dosages différents des mêmes éléments. Nous avons trouvé en effet les mêmes éléments dans l'une et l'autre forme, mais seulement avec des importances diverses et une application à des états de choses dissemblables. C'est ce qui explique la valeur profonde de la différence entre les deux crédits qui ne peuvent pas être assimilés l'un à l'autre quoi qu'il y ait unité de la notion de crédit qui répond aux mêmes besoins et s'applique aux mêmes idées.

D'après ce que nous venons de dire, nous examinerons des applications de la technique du crédit commercial au crédit civil dans des cas précis que nous expliquerons au moyen des idées que nous avons exposées ci-dessus.

Section II.

Exemples de commercialisation du crédit.

Nous ne reprendrons pas ici tous les cas où il a été favorable au crédit civil de recevoir une influence du crédit commercial, car il faudrait examiner un grand nombre de cas. Nous avons pu nous apercevoir, en effet, que les répercussions des actes sont fréquentes par rapport au crédit et que, ainsi, des réformes qui ne semblent pas avoir trait directement à notre matière y ont joué cependant un grand rôle, notamment pour la question de la personnalité morale des sociétés. Le crédit est évidemment intéressé au plus haut point par cette création; les créanciers sociaux pourront se faire payer sur les biens de la société sans concours, et par cela auront l'avantage de ne pas avoir à s'enquérir de la situation de chacun des associés, pour

assurer cet avantage au crédit civil, l'on sait que la Cour de cassation reconnut la personnalité morale aux sociétés civiles. Mais l'on voit ici que l'on peut, en effet, appliquer les règles commerciales, puisque le sujet du crédit est justement cette société, qui peut, à certains égards, être comparable à l'entreprise (quoi qu'il faille se garder de la confusion). Et, cependant, nous nous rattachons bien à la notion civile du crédit puisque cette application du droit commercial est faite en vue de favoriser les créanciers. Par cet exemple l'on peut voir l'étendue de la question, nous nous bornerons ici à étudier les cas qui sont directement relatifs au crédit. Et nous choisirons nos exemples dans deux ordres d'idées : celui des moyens de paiement et celui des contrats de crédit proprement dit.

Dans la question des moyens de paiement, nous trouvons surtout, comme extension du commercial, l'application au crédit civil de la clause à ordre : l'on en connaît l'historique, qu'il est à peine besoin de retracer : la jurisprudence restant fidèle à l'article 1690, pour la transmissibilité des créances, était cependant impressionnée par l'utilité de cette clause même dans la vie civile. Elle élimina peu à peu les principes juridiques et admit l'extension de la forme au porteur dans les actes civils. C'était un premier pas accompli dès 1839 et, en 1878, le second fut fait, avec la réception de la clause à ordre dans l'obligation civile.

Depuis, les conséquences en ont été tirées par un arrêt de 1895; c'est la question de l'inopposabilité des exceptions à un titre civil au porteur. Cette jurisprudence interdit au débiteur d'opposer au cessionnaire ou au bénéficiaire du titre civil, à ordre, les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le tireur du titre ou contre un endosseur antérieur. Cette règle est extrêmement importante pour le crédit et elle présente un intérêt d'autant plus grand qu'elle renverse les principes du droit civil à ce sujet puisque,

d'après les articles 1690 et suivants, le débiteur peut toujours faire valoir contre le cessionnaire les exceptions qu'il a contre le cédant. C'est là le principe du droit commercial qui a dominé pour éviter que le cessionnaire se trouve fraudé, et dans le seul but de multiplier l'emploi de ces transmissions de créance; l'on cherche donc par cette voie à rendre le titre plus abstrait, et nous avons déjà vu, que, dans cette mesure, c'est une tendance inacceptable en droit civil. L'on doit, cependant, bien constater que c'est dans cette direction que l'on s'oriente encore avec la loi de 1926 qui a créé des titres à ordre, bons du trésor, afin de développer dans un but fiscal la clause à ordre. Le titre de créance va cesser de représenter un lien obligatoire *stricto sensu*, où la personne joue le premier rôle. Une autre conséquence de l'application de la clause à ordre, est que le cédant sera tenu de garantir la solvabilité du débiteur, ce qui n'existait en droit civil qu'en vertu d'une clause expresse. Cette mesure vient atténuer, en une certaine partie, le fait que la créance devient abstraite. Enfin la cession d'une créance à ordre entraîne la cession de ses accessoires (privilèges, caution...) et fait particulièrement intéressant : l'hypothèque elle-même suivra la créance. Sans doute y a-t-il là un très grand avantage pour le crédit, le crédit territorial par exemple se trouvera allégé. Il y a là un pas fait vers la mobilisation dont nous avons parlé. L'agriculteur par l'introduction d'une clause à ordre, pourra obtenir un prêt hypothécaire de longue durée, plus aisément, car le prêteur ne redoutera pas d'immobiliser trop longtemps son argent. Mais si l'on arrive ainsi indirectement au résultat que nous indiquions, n'est-ce pas au prix de dangers certains? n'y a -t-il pas, dans ce fait de la clause à ordre,un trouble trop grand de l'esprit même du droit civil? Ce n'est plus ici le contrat qui compte, et ce n'est plus la personne de l'obligé, c'est vraiment un titre

commercial; et nous nous trouvons alors en dehors des limites du crédit civil, tel que nous l'avons défini. Ce qui prouve bien qu'il y a là une exception et non une simple évolution, c'est que les règles prévues par le droit civil pour régir la transmission de créance, ne peuvent s'appliquer ici. Cette extension ne nous paraît donc au plus qu'être un compromis entre la conception civile et la conception commerciale du crédit : faite à l'occasion d'une obligation civile, augmentant les pouvoirs du créancier, mais en échange appliquant une conception commerciale de l'obligation.

Une autre application qui tend à augmenter et à faciliter le crédit a été l'emploi du chèque dans les opérations civiles. Il y a peu de choses à en dire. Le chèque, simple moyen de paiement est civil pour les opérations civiles, et *vice versa*. L'on sait d'ailleurs l'importance du chèque dans le crédit, il n'y a pas besoin de le rappeler. Il suffisait de noter que cet instrument créé par le commerce est appliqué ici.

Plus importantes que ces questions, sont celles soulevées par cette même influence sur les contrats de crédit eux-mêmes. Reprenant quelques-uns de ceux-ci, nous verrons quelle est cette influence et comment elle se justifie.

Il y a, tout d'abord, certaine conquête du droit commercial, et ceci est pleinement admissible : par exemple dans le cautionnement. Les règles civiles du cautionnement sont, comme nous l'avons vu, très strictes, et à certains points de vue entravent le crédit. Mais il était impossible d'appliquer ici les règles commerciales du cautionnement, directement, l'on a fait alors une distinction entre le cautionnement de pure bienfaisance qui reste un acte civil, ce qui est d'ailleurs dans le terme de la loi civile, et le cautionnement rétribué, qui est considéré comme un acte commercial. C'est ici le caractère spéculatif qui entraîne donc la commercialité. Ce caractère spéculatif peut résulter, soit

de l'intérêt même de la caution dans l'affaire où il intervient, soit du caractère de l'affaire à quoi se rapporte le cautionnement. Nous avons là sans aucun doute une heureuse solution, qui ne déforme pas le droit civil tout en permettant, dans nombre de cas, de substituer une procédure d'exécution des cautions à l'autre. C'est une solution de cet ordre qui devrait pouvoir être appliquée à la solidarité. L'on sait qu'en droit civil la solidarité entre codébiteurs ne se présume pas, au contraire, en droit commercial. Certains auteurs estiment qu'il serait heureux d'introduire en droit civil, cette règle de crédit[1]. Il ne nous semble pas du tout, au contraire, que l'on soit ici en présence d'une nécessité. Le droit commercial a posé la solidarité présumée parce que certains actes, comme la lettre de change, pouvaient exiger cette règle, et parce que, aussi, la présence de codébiteurs en droit commercial peut se présenter beaucoup plus fréquemment. La règle de solidarité présumée peut donc simplifier considérablement les rapports entre débiteurs et créancier, mais les mêmes nécessités n'existent pas en droit civil; et, d'autre part, si l'on voulait étendre la règle dont nous parlons, l'on irait contre le grand principe du crédit civil que c'est un crédit créé par un contrat. En droit civil, là où il n'y a pas de contrat, au sens spécifique du mot, il n'y a pas de crédit. En étendant cette règle, l'on présumait un acte de crédit, qui ne peut pas l'être sous le régime du droit civil. La distinction est donc nécessaire entre cette solidarité du droit commercial et celle du droit civil, et cette distinction se fera tout naturellement par les actes auxquels s'appliqueront l'une ou l'autre solidarité. Il s'agit en somme, dans l'un et l'autre cas que nous venons d'envisager de mieux fixer le domaine des deux droits dans le crédit au moyen d'une analyse

1. Veniamin, *op. cit.*, p. 226-255.

approfondie des éléments et des nécessités des deux types de crédit, puisqu'il nous semble nécessaire de maintenir l'opposition.

Pouvons-nous dire la même chose d'un autre contrat de crédit, le gage : L'on constate qu'il y a ici une influence du commercial, pendant tout le XIXe siècle. Tout d'abord, il y a la scission qui se produit entre le gage civil et le gage commercial. Le gage commercial était régi par le droit civil jusqu'à la loi de 1858, qui assouplit le formalisme par des règles spéciales au commerce. En particulier, il s'agissait du gage portant sur les marchandises déposées dans les magasins généraux. Pour toutes les autres sortes de gage, c'est la loi de 1863 qui vint simplifier les règles de constitution et de réalisation. Et voici que du droit commercial de gage ainsi né, l'on a vu passer au droit civil quelques éléments, par exemple le gage sans dépossession, le warrant civil, qui, sans être absolument semblable au warrant commercial est, cependant, du même ordre. Nous avons déjà envisagé ce point. Mais certains auteurs demandent que cette influence continue à se faire sentir, et, en particulier que les règles de réalisation du gage, soient simplifiées dans le droit civil. C'est un fait que nous avons déjà envisagé dans notre première partie et l'on a pu se rendre compte que ces simplifications correspondaient bien à la nature du gage. Ici nous nous bornerons à faire remarquer que, en effet, dans la notion de crédit, l'on voit un renforcement des pouvoirs du créancier, dans le sens que nous avions indiqué (simplification des moyens d'exécution) et diminution des frais pour le débiteur.

Enfin, nous devons signaler un dernier fait : la question des billets d'embouche : les agriculteurs avaient pris l'habitude de se faire consentir des crédits par voie d'escompte, par un banquier, sur une récolte future. C'est un type de moyen de crédit qui nous semble être parfaite-

ment dans la ligne que nous suivons. Mais le droit civil n'offrait pas de moyens suffisants; au début ce furent de simples billets à ordre déposés chez le banquier par l'agriculteur. Puis la pratique s'étendit, et ce furent alors de véritables lettres de change tirées par l'agriculteur sur ses acheteurs de denrées. Ces moyens de crédit, accaparés par le droit commercial, furent consolidés par la création des caisses de crédit agricole (loi de 1920). C'est donc un domaine qui échappe complètement au crédit civil; et le droit civil voit ainsi s'effriter morceau par morceau son champ d'application .

C'est à cette conclusion que nous voulions en venir : faute de cette adaptation, lente mais nécessaire, le crédit civil voit disparaître de son domaine des opérations qui devraient y rentrer, et sa constitution devient presque inutile. Cependant nous avons montré que cette adaptation est possible, tout en restant dans la notion spécifique du crédit civil tel que nous l'avons analysé.

CHAPITRE IV

LA FAILLITE CIVILE ET LA SEPARATION DES PATRIMOINES

Nous avons déjà dit que la faillite civile serait une institution très favorable au crédit, en tant que procédure de liquidation générale d'un patrimoine. Elle se rattache tout naturellement à cette autre procédure de liquidation des patrimoines que pourrait être la séparation des patrimoines dont nous avons déjà fait état. Nous unissons donc pour terminer l'étude de ces deux procédures qui seraient très favorables pour l'organisation du crédit.

§ 1. *Utilité de la faillite civile pour le crédit.*

A) La faillite civile serait une institution extrêmement utile pour le crédit des non-commerçants. C'est un système qui n'offrirait que des avantages en réalité, d'une part, il protège le créancier infiniment mieux, comme nous aurons l'occasion de le voir en examinant l'organisation possible de la faillite civile, et surtout il sauvegarde le crédit. En effet, si l'on considère certaines classes particulières, comme les classes agricoles, l'on s'aperçoit que l'une des principales causes de défaut de crédit pour elles, c'est l'ab-

sence d'une organisation permettant à tous leurs créanciers parfois éloignés, ou résidant dans des localités différentes d'avoir la certitude d'être prévenus au moment voulu lorsque l'insolvabilité de leur débiteur est notoire. La méfiance provenant de l'absence de moyens efficaces pour agir, prend la place à la campagne de la confiance nécessaire au crédit; or, avec l'introduction du machinisme agricole, le crédit serait absolument nécessaire dans ce domaine économique, et l'on ne devrait négliger aucun moyen pour le faciliter. De plus, la faillite civile offrirait l'avantage d'éviter les saisies individuelles toujours plus dures que le dessaisissement du patrimoine. L'on peut dire, en effet, que les saisies individuelles sont ruineuses pour le débiteur et qu'elles offrent un moyen d'exécution beaucoup moins équitable et beaucoup moins souple que celui qu'offrait la faillite civile. Or, il est essentiel dans l'intérêt du crédit d'avoir un moyen approprié qui puisse concilier les intérêts des capitalistes et ceux des débiteurs. Précisément, la faillite civile semble être ce moyen particulièrement souple, car il est nécessaire de laisser dans ce cas au juge un large pouvoir d'appréciation. Il est bien évident que, par exemple, un défaut de paiement qui ne relève que d'un embarras accidentel ne devrait pas entraîner la faillite civile, il faut que réellement le crédit du non-commerçant en soit ébranlé. Dès lors, peut-on dire que la faillite civile serait plus cruelle que le système actuel? Il serait difficile de le croire. Elle permettrait en particulier d'avoir le recours d'un concordat, espoir qu'il ne peut garder à l'heure actuelle. Maintenant, en effet, sous le régime de la déconfiture, son patrimoine entier risque de disparaître dans ses éléments actuels. Donc sans aucun doute, la faillite civile n'est pas plus cruelle. Mais, d'autre part, l'utilité de la faillite civile pour le développement du crédit apparaît encore lorsque l'on considère les choses

sous un autre angle. L'on peut dire que la faillite civile ne fera pas le crédit, mais le garantira mieux ? Les créanciers, en effet, hésiteront beaucoup moins à mettre leurs capitaux entre les mains de non-commerçants lorsqu'ils sauront qu'un mandataire commun à tous les créanciers devra s'occuper de l'ensemble de ces affaires. L'on a fait remarquer, en effet, que le non-commerçant peut avoir un grand nombre de créanciers qui sont dispersés dans toute la France et la publicité des saisies et des ventes est absolument inefficace pour eux. Ils échappent ainsi souvent à la contribution en cas de déconfiture.

B) Enfin, l'on peut dire que la perspective d'une faillite civile inciterait les emprunteurs à la prudence. Les particuliers connaissant d'une façon précise la menace qui pèse sur eux, proportionneraient leurs engagements à leurs possibilités de payer, et ce serait là l'une des plus fermes bases à donner au crédit. En quelque sorte, il serait tentant de dire que la faillite civile (et ceci ne peut s'appliquer à la faillite commerciale, à cause de la complexité des affaires commerciales) par la menace qu'elle suspend sur les débiteurs, serait presque une garantie contre leur insolvabilité. Elle apparaît donc comme utile à la fois aux débiteurs et aux créanciers et, principalement, à l'ensemble du crédit civil.

C) Cette utilité, pour le crédit, a été ressentie inconciemment par le législateur et la jurisprudence, qui ont essayé, maladroitement, il est vrai, d'arriver à cette solution. D'une part, l'on a essayé de compléter le système de la déconfiture et, d'autre part, d'étendre le système de la faillite commerciale à des questions civiles. Quant au premier point, il porte par exemple sur l'idée que les créanciers doivent être placés sur un pied d'égalité et est par exemple la fâmeuse pratique des liquidateurs séques-

tres judiciaires. La Cour d'appel de Lyon, en 1852[1], admit que le débiteur insolvable pouvait remettre son patrimoine aux mains d'un liquidateur séquestre et, de cette façon, le débiteur échappait aux poursuites. La jurisprudence alla jusqu'à admettre, d'une part, que le débiteur se trouvait ainsi dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens; d'autre part, que le séquestre représentait la masse des créanciers. Il avait donc pour charge de recouvrer l'actif et de reconstituer le patrimoine. La Cour de cassation s'est nettement opposée à cette jurisprudence dans une série d'arrêts de 1855 à 1899[2].

Sans doute, la Cour de cassation a légalement raison; mais cette tentative est un témoignage de la nécessité ressentie de la faillite civile.

L'on peut également faire état d'une opposition générale appelée dénonciation d'insolvabilité par Pannier, institution qui aurait pour but de rendre générale une instance contre le débiteur. Tous les actes de disposition resteraient inattaquables, mais les paiements aux créanciers seraient interdits. Mais cette proposition n'a pas passé dans la pratique. Au contraire, la jurisprudence a essayé sur un point plus précis d'assimiler la déconfiture à la faillite, nous pensons au cas que nous avons déjà mentionné de l'action paulienne. Celle-ci profite-t-elle à tous les créanciers en cas de déconfiture, comme en cas de faillite? Nous avons déjà vu les contradictions de la jurisprudence à ce sujet. Mais ceci nous amène à voir les essais d'extension de la faillite commerciale, en particulier l'on peut citer la loi du 1er août 1893 qui complète celle de 1867 sur les sociétés, et qui a reconnu le caractère de sociétés commerciales à toutes les sociétés anonymes et en commandite par

1. D. 55.1.11, S. 55.1.97.
2. Cassation, 17 janvier 1855, S. 55.1.102; Cassation, 10 juillet 1876 D. 76.1.513; Cassation, 19 novembre 1889, D. 90.1.8.

actions, et qui, par conséquent, a fait un pas considérable vers l'extension de la faillite aux non-commerçants. Il en est de même pour les sociétés à responsabilité limitée avec la loi du 7 mars 1925.

Ce même mouvement a porté la jurisprudence à admettre que, comme dans la faillite, un jugement serait nécessaire pour la déconfiture et que c'est seulement après ce jugement que le débiteur se trouverait privé du terme, comme en cas de faillite. L'on voit par cet effet sur le terme que ce jugement est constitutif et non pas seulement déclaratif, puisque, d'autre part, la jurisprudence interdisait la compensation au cas de déconfiture[1]. L'on pourrait encore citer dans le même ordre d'idées la limitation des pouvoirs de la femme dans l'exercice de ses reprises. C'est ici la fameuse question de la preuve des reprises par la femme, en cas de déconfiture, question très connue que nous indiquons seulement en passant.

Nous sommes donc en présence d'essais sporadiques pour instituer une faillite civile sous les auspices de la faillite commerciale, mais il manque à tout ceci une coordination qu'il est essentiel d'obtenir.

D) Nous croyons que la base générale qui permettra d'appliquer d'une façon raisonnable des règles de la faillite commerciale à une faillite civile se trouvent dans la notion du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier.

Nous envisagerons donc, successivement, le rapport entre la notion de créancier chirographaire ayant cause à titre particulier et la faillite civile, et, d'autre part, l'organisation possible de la faillite civile en France.

Tout d'abord, il paraît difficile de concevoir l'organisation d'une faillite avec comme participants à cette faillite des créanciers possédant un droit sur tout le patrimoine.

1. Cassation, 30 mars 1892, S. 92.1.481, D. 92.1.281.

En effet, la faillite entraîne des conséquences incompatibles avec la notion de créancier chirographaire ayant cause à titre universel. Tout d'abord, le terme ainsi que chacun le sait est aboli, et les créances à terme deviennent immédiatement exigibles. D'autre part, les poursuites individuelles deviennent impossible à dater du jugement déclaratif. Il n'y a plus de saisie sur les biens du débiteur; or, cette disposition qui est évidemment normale, mais qui se présente comme un régime d'exception, est précisément une exception à l'idée de l'ayant cause à titre particulier. En effet, c'est l'abandon par celui-ci des nombreux avantages qu'il tire de cette situation qui vient équilibrer l'avantage qu'il trouve dans la procédure générale de faillite. Ce raisonnement se trouve confirmé par un argument d'analogie dans le cas de compensation. Celle-ci ne pourra plus se produire après le jugement déclaratif, et nous nous trouvons alors en présence d'un renversement considérable de la situation, car il s'est produit ce fait décisif que le patrimoine du débiteur cesse d'être un patrimoine qui évolue pour devenir un patrimoine de liquidation.

Cette transformation s'accompagne d'une transformation parallèle chez les créanciers qui cessent d'être des ayants cause à titre universel. N'est-ce pas d'ailleurs remarquable de considérer que, précisément, c'est dans le droit commercial où le créancier est plus nettement encore un ayant cause à titre particulier que la faillite a été ainsi instituée. Seuls certains créanciers gardent leur droit sur un objet particulier du patrimoine, mais ceci ne se rencontre que dans des cas exceptionnels, le cas du vendeur de meuble non payé par exemple, ou de la femme du failli.

Il semblerait presque que l'on pourrait dire que les créanciers cessent d'être les ayants cause du failli, il n'y a plus le lien personnel entre eux, leur qualité juridique

paraît être celle des tiers, car ils peuvent méconnaître, tout comme les tiers, les actes juridiques du failli et c'est toujours la même idée que l'on exprime en disant avec M. Budin[1] que « le patrimoine du débiteur est débiteur de la masse et non des créanciers individuellement ».

Est-ce à dire que la masse devient personne morale ? — Nous ne saurions en discuter ici. En effet, que l'on admette cette théorie comme en France ou qu'on la repousse comme en Allemagne, il n'en reste pas moins que la masse est l'ayant cause du failli et que les créanciers perdent leur droit d'action individuelle, leur liberté d'agir sur un bien déterminé (les créanciers minoritaires, par exemple, devront céder devant la majorité) pour entrer dans le domaine du statut légal qui s'impose à eux et leur impose ses cadres.

Mais tout ceci ne peut se construire qu'à partir de la notion d'ayant cause à titre particulier qui est la notion de base sur laquelle viennent se greffer toutes les modifications apportées par la faillite civile et représente en quelque sorte l'idée d'autonomie de la volonté vis-à-vis de l'idée d'institution.

E) Nous pouvons envisager l'organisation possible de la faillite civile. Nous présenterons ici quelques idées sommaires prenant pour point d'appui la thèse déjà citée de M. Budin[2].

Il semble que la faillite doive s'ouvrir pour cause d'insolvabilité caractérisée, insolvabilité qu'un jugement constatera sur la base de présomptions que le juge appréciera. Un créancier pourrait normalement demander l'ouverture de la faillite pourvu que sa créance soit suffisamment élevée ; mais pour juger de ces divers éléments, il semble nécessaire de créer des chambres spéciales au tribunal civil

1. *La faillite civile*, thèse, Paris, 1935, p. 171.
2. Budin, *op. cit.*, p. 140 et suiv.

destinées à juger exclusivement ces questions de faillite. Il est probable, en effet, que celles-ci sitôt instituées trouveraient un large domaine d'application nécessitant une spécialisation judiciaire.

Le tribunal serait saisi soit par la déclaration du débiteur au présent tribunal qu'il ne peut plus payer, soit par la demande des créanciers ayant une créance certaine, et comme le terme sera déchu par la faillite, il semble qu'un créancier même à terme puisse demander le jugement d'ouverture, ce qui n'est admissible que selon la notion de l'ayant cause à titre particulier comme nous l'avons déjà dit.

Le jugement déclaratif contiendrait la nomination du syndic et les mesures conservatoires nécessaires pour faciliter les opérations.

Quant à la situation du débiteur et des créanciers, normalement aucune incapacité ne devrait frapper le failli, sauf au cas où la banqueroute civile devrait être organisée, malgré toutes les difficultés que cela présenterait. D'autre part, il se pose ici la question difficile des déchéances, car il est normal semble-t-il de ne pas être aussi sévère pour le débiteur non commerçant que pour le débiteur commerçant.

Il ne semblerait pas normal de laisser des déchéances possibles au cas probablement fréquent d'insolvabilité civile, la seule incapacité qui doive apparaître c'est la disparition du pouvoir d'administrer ses propres biens, ce qui est le but même de la faillite. La situation des créanciers a été suffisamment envisagée plus haut, leur masse serait représentée par le syndic qui aurait la même charge que dans la faillite commerciale, mais qui devrait peut-être avoir un caractère civil plus marqué, soit par exemple que le tribunal en fasse un véritable fonctionnaire, soit que l'on prenne un notaire ou un avoué.

Les solutions de la faillite seraient toujours les mêmes et l'on aurait soit l'union des créanciers, soit le concordat. Cependant une différence considérable d'ailleurs marquerait les effets du concordat civil. La faillite civile a été ouverte en effet par suite de l'insolvabilité notoire alors que la faillite commerciale est ouverte par la cessation de paiements. M. Budin[1] fait alors très justement remarquer que « le déconfit a un passif toujours supérieur à son actif. Au contraire le failli peut avoir un actif momentanément irréalisable, mais supérieur au passif ». C'est pourquoi, dans tous les pays où la faillite civile a été instituée, elle aboutit obligatoirement à la liquidation des biens de l'insolvable et jamais à un concordat. En tout cas, si l'on devait croire avec Thaller[2] que le concordat civil est nécessaire il faudrait cependant restreindre ici la liberté de disposition du concordataire.

Notons en terminant que la liquidation judiciaire a sa raison d'être en droit commercial, mais n'en trouve aucune en droit civil puisque son organisation a pour but de permettre la continuité des affaires commerciales. Bien au contraire, le concordat préventif serait de la plus haute utilité car il représente une faveur pour l'insolvable de bonne foi. Il est même vraisemblable que ce serait là un véritable moyen de fortifier le crédit en stabilisant la position des créanciers, en améliorant celle du débiteur, et en instituant une procédure rapide et facile.

§ 2. *La séparation des patrimoines.*

Après la faillite qui représente la liquidation globale des biens d'un vivant, doit prendre place normalement une

1. P. 198, *op. cit.*
2. *Des faillites en droit comparé*, p. 167.

procédure qui permette aux créanciers, en bloc, de se payer sur le patrimoine du défunt. L'utilité de cette organisation pour le crédit est la même que celle de la faillite, et c'est pourquoi nous ne reprendrons pas ce point de l'utilité. Nous nous bornerons à envisager, ayant traité ailleurs de la nature de cette séparation des patrimoines, et de son utilité actuelle pour le crédit, les applications dans ce sens, existant déjà, et les conséquences logiques que l'on en peut tirer.

L'idée, en effet, d'utiliser la séparation des patrimoines comme procédure de liquidation des patrimoines n'est pas inconnue. Nous voyons dans la jurisprudence tout un effort pour atteindre à ce but[1].

Il y a tout d'abord une extension de la notion d'opposition. D'après le Code, l'héritier bénéficiaire ne peut payer, s'il y a des créanciers opposants, que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge. Mais la jurisprudence a élargi ceci en étendant la notion d'opposition : une simple réclamation de legs suffit. La Chambre civile a été plus loin et a estimé, contrairement à la Chambre des requêtes qui exige un acte de volonté du créancier, que la simple connaissance de la créance par l'héritier constitue une opposition suffisante (Dall. 91.1.345 et 92.1.481). Dans un autre ordre d'idées, la jurisprudence a tenté de concilier les droits particuliers conservés par les créanciers (d. dérivant de l'art. 1166, d. de saisie), avec l'obligation de l'héritier bénéficiaire. Malgré la volonté de certains tribunaux de considérer la séparation des patrimoines bien autrement que la faillite, il a fallu concilier ces deux points (Cour de Dijon). Ainsi la Cour d'Orléans, le 19 mai 1888 (S. 89.2.123) a décidé que les deux parties ont des droits concurrents et en particulier que les droits des créanciers sont primés par le fait

1. Aussel, thèse, *op. cit.*, chap. III.

de l'héritier qui vend les immeubles au profit de l'ensemble des créanciers.

Enfin l'on a tenté de substituer à l'héritier un administrateur destiné à liquider la succession. Ceci est un fait particulièrement intéressant : Les tribunaux sont partis d'un point de vue très différent de celui dont nous partons, et qui est l'intérêt du crédit. Pour eux, ils se sont fondés sur une raison juridique (non sans rapport avec le crédit) et ils ont considéré que l'héritier était muni de pouvoirs beaucoup trop larges. En conséquence, il restait le véritable propriétaire des biens de la succession et pouvait porter tort aux créanciers, en particulier. Mais le motif était spécifiquement juridique : l'héritier bénéficiaire a trop de pouvoirs, et, étant donné qu'il y a séparation de patrimoines, il est nécessaire de lui enlever une partie de ses pouvoirs. C'est en ce but que l'on a poursuivi le dessaisissement de l'héritier au profit d'un administrateur.

C'est une décision déjà ancienne de la Cour de Caen qui a prévu cette disposition (Caen, S. 80.2.37) et ce tribunal se fondait sur l'utilité commune et l'intérêt des tiers. Cette décision a une répercussion considérable dans tout le domaine du crédit. Les tribunaux ont suivi cet exemple, selon que les circonstances l'exigeaient, avec assez de facilité; une simple négligence de l'héritier suffira pour faire provoquer la nomination recherchée. De même encore lorsque le nombre des héritiers exigeait une liquidation de cet ordre. La Chambre des requêtes a été très loin par un arrêt du 15 avril 1924 (D. 24.1.169) en disant que « les tribunaux et, en cas d'urgence, les juges des référés sont investis d'un pouvoir discrétionnaire, à l'effet de nommer un administrateur provisoire.

Ce tiers ainsi nommé va être investi d'un certain nombre de pouvoirs. Mais ce tiers ne peut dessaisir totalement l'héritier, surtout les cohéritiers ayant des droits indivis;

devant l'acceptation pure et simple de l'un des héritiers, les droits de l'administrateur doivent s'arrêter. L'héritier continuera en pratique à s'occuper de la succession, interviendra dans les instances engagées au sujet de la succession, car il reste toujours héritier, malgré son dessaisissement.

Tel est le dernier mot dit par la jurisprudence à ce sujet.

Il reste à coordonner les solutions que nous venons d'indiquer, à en faire un ensemble, et à montrer comment une telle procédure de liquidation peut être utile. Nous ne reprendrons pas la discussion relative à la jurisprudence de la Cour de Lyon condamnée par la Cour de cassation, discussion longuement étudiée par M. Aussel. Nous ferons seulement remarquer que les droits des créanciers successoraux ne sont pas tellement garantis : sans doute peuvent-ils exiger des appositions de scellés, ont-ils le droit d'exercer des saisies individuelles, d'exiger des cautions, de faire opposition aux paiements, d'intervenir dans les instances engagées par l'héritier, et en général de surveiller tous les actes de cet héritier bénéficiaire, mais il faut bien noter que les mêmes critiques doivent s'adresser à ce système qu'au système de crédit civil actuel : toutes ces précautions ne sont qu'à demi efficaces s'il n'y a pas moyen d'exécuter en bloc la liquidation de tout le patrimoine. Si l'on veut bien considérer en effet la faillite comme nous l'avons fait l'on doit y voir davantage un moyen de se séparer du passif, et de faire table rase : d'arrêter en quelque sorte l'évolution d'un patrimoine pour faire la balance et liquider.

Si l'on veut appliquer cette idée juridique à notre cas, nous voyons qu'il n'y a pas d'application plus facile : il y a bien ici liquidation d'un patrimoine à exécuter. L'on objectera, comme on l'a objecté dans la controverse à ce sujet entre MM. Saleilles et Collin, l'idée de continuation

de la personne du défunt par l'héritier. Mais outre que cette idée semble peu à peu s'effacer, l'on doit ici faire primer l'intérêt du crédit. C'est-à-dire, l'on doit avant tout considérer que le patrimoine est un ensemble de biens unis par l'unité de leur passif. Au moment où le titulaire du patrimoine disparaît, il ne faut pas laisser les créanciers à l'aléa de la personne de l'héritier. Il faut, si la nécessité s'en fait sentir, que les créanciers puissent faire valoir leurs droits d'une façon radicale : non pas en prenant des précautions, mais en arrêtant le cours de l'évolution de ce patrimoine, par une liquidation collective. L'héritier bénéficiaire n'est pas en réalité un continuateur de la personne, et il est nécessaire que les créanciers, par la séparation des patrimoines, puissent ainsi agir sur lui. Dès lors, l'héritier se transforme en successeur par rapport aux biens, et la jurisprudence a déjà protégé, avons-nous vu, les créanciers au-delà de sa personne. Il y aurait ainsi seulement une dernière garantie, globale, au profit de tous les créanciers, qui ferait disparaître l'idée de diligence dans l'exécution qui est sans aucun doute fâcheuse.

CONCLUSION

Quelles conclusions pouvons-nous tirer de ces exposés, l'un dogmatique, l'autre pratique des crédits civil et commercial comparés, et de l'influence légitime du premier sur le second. Nous avons montré qu'il y a une différence de « dosage » dans leurs éléments, mais que dans le fond, la notion est une. Serait-il alors légitime de ramener à l'unité même les manifestations de cette notion : de ne faire qu'un seul crédit des deux; l'on dit bien que l'Angleterre ne connaît pas de distinction et que le droit du crédit y est particulièrement développé. Nous avons aussi montré que les différences existant actuellement entre les deux ordres de crédit proviennent de la séparation historique des commerçants et des non-commerçants. Il y a eu là une raison valable à l'époque où le domaine des obligations civiles et commerciales était vraïment séparé, mais actuellement, avec le fait de la production s'introduisant dans le crédit civil, fait que nous avons fréquemment souligné, cette distinction s'atténue. Il y a une tendance bien caractéristique à apporter le droit civil comme aide aux commerçants, il ne faut pas négliger ce fait. Il ne faut pas oublier que le droit civil a donné au droit commercial le référé, les dommages-intérêts au vendeur au cas de résiliation de la vente pour cause de faillite de l'acheteur, et que, dans toute la vie commerciale, une vie civile se mêle intensément avec la stipulation pour autrui, la novation employée dans le compte courant et la solidarité active dans les comptes

joints. Enfin, dérivation importante entre toutes : le crédit bancaire confirmé, n'est-il pas la même chose que la délégation parfaite[1] ? C'est là un aspect trop souvent négligé dans cette question : le droit civil offrant par des applications plus larges, plus souples des moyens au droit commercial, et celui-ci n'ayant pas d'autre valeur que d'élargir et d'assouplir les institutions civiles. Mais justement nous croyons avoir montré que cette fonction du crédit commercial répond à l'usage que l'on en doit faire. En dehors de la division historique, nous avons montré qu'il y a une division de fait, pratique. Si le droit civil est influencé par le droit commercial, si, dans une certaine mesure, il doit adopter des méthodes commerciales de crédit, il ne faut pas que ce soit au delà de cette mesure. Cette mesure, c'est celle où la vie civile se rapproche de la vie commerciale. C'est seulement en tant que le droit commercial cesse d'être le droit spécifique, presque corporatif, des commerçants, que le crédit qui lui est relatif peut s'adapter à la vie civile ; au delà, il y aurait une contrainte inutile imposée à tous ceux qui ne sont pas commerçants. Le crédit est une chose très fragile, et il ne peut être brutalement modifié. La moyenne des Français est accoutumée à un type de moyens de crédit, il est nécessaire de continuer dans la même ligne, sinon, en appliquant à la vie civile les méthodes de crédit commercial, on risque de désorienter complètement la majeure partie de la population et de provoquer une crise du crédit.

Enfin, il est nécessaire de noter (et ce que nous avons dit plus haut de l'influence du droit civil sur le crédit commercial, vient à l'appui de cet argument), que, en face d'un crédit à moyens variables et constamment adapté, il est absolument nécessaire d'avoir un crédit à moyens fixes et

1. Hamel, *op. cit.*, 2e partie.

peu changeants. Il peut être dangereux pour le crédit de suivre de trop près la vie économique : dans celle-ci il y a, en effet, des mouvements variables temporaires de faible amplitude, qui ne doivent pas influencer toute la vie d'un pays, auxquels il est nécessaire d'opposer une certaine rigidité des règles de droit. Si, pour le crédit commercial, du fait même de la souplesse de ses règles, il y a une fatalité d'adaptation, il n'est pas bon que le crédit civil suive ces traces. Il doit évoluer avec plus de lenteur et plus de sécurité. Il doit être avant tout l'ensemble des moyens de crédit éprouvés, qu'il n'abandonnera qu'après la conviction faite qu'ils sont devenus inutiles, et qu'il n'accueillera du droit commercial qu'après expérience certaine.

En conclusion, nous dirons donc que les rapports entre ces deux ordres de crédit, doivent consister en une interaction, en un échange de moyens, chacun apportant sa part de qualités, mais que la fusion nous semble impossible.

Vu :
Pour le Doyen, l'Assesseur,
R. BONNARD.

Vu :
Le Président de thèse,
J. BONNECASE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
Bordeaux, le 13 mai 1940.
G. BOUSSAGOL.

BIBLIOGRAPHIE

AUSSEL. — *Les améliorations apportées par la jurisprudence à la liquidation des successions bénéficiaires.*

AVRIL (P.-E.). — *Principes et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles corporels. Etude de droit français,* thèse, Paris, 1898.

BADAOUL. — *Du développement de la notion de privilège,* thèse, Grenoble, 1912.

BARREYRE. — *Evolution et crise du contrat,* thèse, Bordeaux, 1937.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil,* 12e éd., par GUYOT, t. I et II, Paris, 1922.

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Traités des biens,* 3e éd., 1 vol., Paris, 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Traité du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée,* 3e éd., 3 vol., Paris, 1906.

BEUDANT (Ch.). — *Cours de droit civil français. Sûretés personnelles et réelles,* I, Paris, 1896.

BOBES-PANAIT. — *Les cas d'application du droit de rétention,* thèse, Paris, 1913.

BONNECASE. — *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier,* 1 vol., Sirey, 1921.

— *Traité de droit commercial maritime,* 1925.

— *Le droit commercial maritime. Son particularisme,* 2e éd., 1931.

— *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil,* de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, Paris, Sirey, III (1926) et V (1930).

— *Précis de droit civil,* 3 vol., Paris, t. I, 2e éd., 1938; t. II, 2e éd., 1939.

BONNET. — *L'assurance-crédit et la crise économique,* Paris, 1935.

BOUCHE. — *Les avances sur documents maritimes,* thèse, Bordeaux, 1919.

Briault (C.). — *De la notion de privilège en droit civil français*, thèse, Paris, 1911.

Brouillet. — « *Le warrantage des produits agricoles* », *Musée social*, octobre 1899, p. 495.

Budin. — *Faillite civile*, thèse, Paris, 1935.

Capitant (H.). — « *Essai sur la subrogation réelle* », *Rev. trim.*, 1914, p. 414.

— « *La vente à tempérament des automobiles* », *D. Hebd.*, 1935, Chron., p. 9 et suiv.

Catalan. — *Condition juridique du fonds de commerce*, thèse, Montpellier, 1899.

Cecilion. — *Essai sur les warrants agricoles par comparaison avec les warrants récépissés*, thèse, Lyon, 1913.

Chatel. — *Du nantissement des obligations de sociétés non placées*, thèse, Lyon, 1913.

Chavrier. — *Evolution de l'idée de commercialité*, thèse, Lyon, 1935.

Colmet de Santerre. — *Cours analytique du Code civil de Demante complété et annoté* (à partir du t. IV), 1858-1884.

Cornulier-Lucinière (de). — *Le nantissement des fonds de commerce*, thèse, Nancy, 1910.

Crémieux. — « L'individualisation de la marchandise dans la vente « caf », *Ann. dr. comm.*, 1922, p. 168.

Delvas. — *Du « pignus nominis »*, thèse de droit romain. *Du gage de choses incorporelles en matière civile et commerciale*, thèse de droit français, Paris, 1892.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., Paris, 1869-1882.

Ducoin. — *Essai critique sur le régime hypothécaire français et les livres français-alsaciens et la réforme du décret-loi* 1935.

Devillez. — *Les warrants agricoles*, thèse, Paris, 1909.

Durand. — *Du warrant hôtelier*, thèse, Toulouse, 1914.

Duranton. — *Cours de droit français suivant le Code civil*, 3e éd., 21 vol., Paris, 1834-1837.

Faillie. — *Du crédit documentaire dans l'économie moderne. Ses rapports avec la vente à réméré*, thèse, Paris, 1924.

Fargeaud. — *Le compte-courant et ses garanties*, 1935.

— *Les délégations de marché et le danger des privilèges occultes*

Ferradou (F.). — *Rôle de la possession en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1928.

Fialon. — *Du nantissement des fonds de commerce*, thèse, Bordeaux, 1909.

Filip. — *De la nature juridique du droit du créancier chirographaire*, thèse, Paris, 1922.

François. — *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, thèse, Bordeaux, 1929.

Galliet. — *Le gage sans dessaisissement et le crédit agricole*, 1899.

Gary (R.). — *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, thèse, Bordeaux, 1932.

Gaudemet. — *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse, Dijon, 1898.

Gazel. — *Etude juridique de l'avance sur titres*, thèse, Paris, 1913.

Gény. — *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 vol., Paris, 1913-1924.

Germinet. — *Le warrant hôtelier*, thèse, Paris, 1930.

Gombeaux. — *Nature juridique du fonds de commerce*, thèse, Caen, 1901.

Grassin. — *Du crédit maritime et de son organisation*, thèse, Paris, 1921.

Guillouard. — *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2 éd.

Guionin. — *De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres*, thèse, Paris, 1907.

Hamel. — « Rapports du droit civil et du droit commercial en France » (Rapport de La Haye, Congrès du droit comparé, 1932). *Annales de droit commercial*, 1933.

Hanus. — *Le fonds de commerce comme moyen de crédit*, thèse, Nancy, 1920.

Hardel (R.). — *Des récépissés et warrants délivrés par les Magasins généraux*, Paris, Sirey, 1936.

Henry. — *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse, Nancy, 1913.

Hommel. — *Le droit de rétention. Essai d'une théorie en Droit français*, thèse, Strasbourg, 1928.

Josserand. — *Cours de Droit civil positif français*, 3 vol., Paris, Sirey, 1940.

— « *Tendances générales actuelles dans le droit des contrats* », *Rev. trim.*, 1937.

Jonquières. — *Des traites documentaires. Droits et devoirs du porteur*, thèse, Paris, 1899.

Jourdan (E.). — *Evolution et formes du crédit réel mobilier*, thèse Montpellier, 1934.

Laborde-Lacoste. — *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1916.

Lacour et Bouteron. — *Précis de droit commercial*, 2e éd., t. I à IV, Paris, 1919-24.

LAMEIGNÈRE (Marcel). — *La vente à crédit des véhicules automobiles*, Bordeaux, Delmas, 1935.

LAURENT. — *Fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse, Paris, 1903.

LOISEAU. — *L'assurance sur la vie, instrument de crédit*, thèse, Paris, 1935.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 8 vol., 5e éd., Paris, 1923-29.

MARAIS (G.). — *Du gage commercial, spécialement en matière maritime*, thèse, Paris, 1895.

— *Du crédit documentaire*.

— « *De la nature juridique du « delivery order »*, *Rev. int. dr. mar.*, t. 34, p. 78.

MARCADE. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd., 6 vol., Paris, 1868 (continué par P. PONT).

MOUBLON. — *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, 2 vol., 1855.

MOISSENET. — *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*, thèse, Dijon, 1901.

OLIER (J.). — *Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale*, Toulouse, 1894.

PEYREBERE (J.). — *Etude sur la notion de privilège*, thèse, Paris, 1901.

PINOT. — *Essai d'une théorie du droit de rétention au point de vue législatif*, thèse, Paris, 1908.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., 2e éd., 1928-32.

PLANIOL, RIPERT et BECQUE. — *Traité pratique de Droit civil français*, XII : « Sûretés réelles », Paris, 1927.

PLANIOL, RIPERT et PICARD. — III : « Les biens », Paris, 1926.

PLESMILA. — *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, thèse, Paris, 1910.

POGONATO. — *Du droit de rétention*, thèse, Paris, 1909.

POPLAWSKI. — *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français. Etude historique et critique*, thèse, Bordeaux, 1913.

PONT (Paul). — *Traité des petits contrats*, Paris, 1863, 1867. — II. *Traité des privilèges et hypothèques*, 2e éd., 2 vol., Paris, 1868.

PRODAN. — *Essai d'une théorie générale des droits réels*, thèse, Paris, 1909.

QUINCARLET. — *La notion de gage en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937.

RIGAUD. — *Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse, 1912.

RIPERT. — *Le régime démocratique et le droit civil.*

ROGIER (Suzanne). — *De la mise en gage des créances en droit français*, thèse, Paris, 1929.

ROUVIÈRE. — *Des avances sur marchandises*, thèse, Aix, 1903.

ROUXEL. — *Recherche des principes généraux regissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, thèse, Caen, 1934.

SALLEILLES. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, Paris, 1890.

— *Eléments constitutifs de la possession*, 1894.

SCHAWB (P.). — *La théorie possessoire objective*, thèse, Paris, 1907.

SIMON. — *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, thèse, Bordeaux, 1902.

THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 6e éd., par PERCEROU, Paris, 1922.

— *Des faillites en droit comparé.*

THÉZARD. — *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 1880.

TROPLONG. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code* : XIX. « Des privilèges et hypothèques », 5e éd., 1854.

VALETTE. — *Des privilèges et hypothèques*, 1846.

VIGIE. — *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1892.

VIGREUX. — *Le crédit par acceptation. Paris, centre financier*, thèse, Paris, 1931.

WAHL. — *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1921.

WAYNER (Nojech). — *Essai sur la technique moderne du crédit à l'exportation*, thèse, Paris, 1931.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction..... 1

PREMIERE PARTIE

L'ORGANISATION DU CREDIT EN DROIT CIVIL

TITRE PREMIER. — LE CREDIT GENERAL ET PERSONNEL.... 5

Chapitre premier. — La condition juridique du créancier chirographaire dans ses relations avec le droit du crédit..... 12

Section I. — Exposé de la doctrine classique. Le créancier chirographaire ayant cause à titre universel..... 12

Section II. — Exposé critique de la théorie classique. Les institutions du crédit quant à la condition juridique du créancier chirographaire 16

§ 1. — Le droit de rétention et le crédit..... 17

§ 2. — L'action paulienne et le crédit..... 20

§ 3. — L'action oblique et le crédit..... 21

Section III. — Théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier..... 22

Section IV. — Influence de chacune des deux conceptions du créancier chirograpgaire sur le droit du crédit..... 28

§ 1. — Etat de la jurisprudence..... 30

§ 2. — Action oblique..... 32

§ 3. — Action paulienne..... 39

§ 4. — La compensation 47

§ 5. — La subrogation 49

§ 6. — Rapport des dettes..... 50

§ 7. — La séparation des patrimoines..... 52

§ 8. — La déconfiture..... 54

TITRE II. — LE CREDIT MUNI DE SURETES..... 57

Transition entre le crédit examiné sous l'angle du créancier chirographaire et le crédit muni de sûretés 57

Chapitre premier. — Les sûretés personnelles et le crédit..... 61

Section I. — Le cautionnement et le crédit..... 62

§ 1. — Les bénéfices accordés à la caution sur le crédit..... 63

§ 2. — Le créancier de la caution est un créancier à gage indéterminé..... 64

§ 3. — Le cautionnement solidaire..... 65

Section II. — La solidarité passive et le crédit..... 66

Section III. — L'indivisibilité et le crédit 68
Section IV. — Conclusion sur les sûretés personnelles 69

Chapitre II. — Le crédit réel. (Introduction) 71
Section I. — Notion de sûretés réelles 72
§ 1. — La sûreté réelle est un droit réel 73

Chapitre III. — Les sûretés réelles mobilières 78
Section I. — La notion de gage 78
Section II. — Le gage *stricto sensu* 83
Section III. — Le gage *lato sensu* 88

Chapitre IV. — Les hypothèques mobilières 115

Chapitre V. — Le crédit hypothécaire 122
Section I. — L'hypothèque et le crédit 122
Section II. — Mobilisation de l'hypothèque 129
Section III. — L'hypothèque de *futuro* 132
Section IV. — L'hypothèque légale 136
Section V. — Les hypothèques privilégiées et les privilèges 142

DEUXIEME PARTIE

LA NOTION DE CREDIT

Observations préliminaires 155
Chapitre premier. — Notions fondamentales d'un droit du crédit 167
Section I. — Notion du crédit 168
Section II. — Conditions du droit du crédit 172
Section III. — Position du débiteur dans le droit du crédit 176
Section IV. — Position du créancier dans le droit du crédit 187

Chapitre II. — La législation d'exception 198
Section I. — La crise des contrats de crédit 199
Section II. — Lois favorisant une classe de débiteurs 200
Section III. — Effet de cette législation sur le crédit 205

Chapitre III. — Commercialisation du crédit civil 209
Section I. — Unité et diversité de la notion du crédit 214
Section II. — Exemples de commercialisation du crédit. 221

Chapitre IV. — La faillite civile et la séparation des patrimoines 228
§ 1. — Utilité de la faillite civile pour le crédit 228
§ 2. — La séparation des patrimoines 236
Conclusion 241

ERRATA

P. 22, ligne 18, *au lieu de* : 560, *lire* : S. 60.
P. 32, ligne 19, *lire* : chez le créancier chirographaire, *et non* : du.
P. 38, ligne 15, *lire* : ayant exécuté, *et non* : exécuté.
P. 40, ligne 16, *lire* : ceux-ci sont en effet limités à la personne du créancier.
P. 68, ligne 13, *lire* : seront communes, *et non* : connues.
P. 127, *in fine*, *lire* : livres fonciers alsaciens-lorrains, *et non* : français.
De même : Ducoin, p. 246, dans la bibliographie.
P. 156, ligne 29, *lire* : par le besoin de centraliser, *et non* : décentraliser.
P. 188, *in fine*, *au lieu de* : Veniamin, *op. cit.*, *lire* : Veniamin, *Essais sur les données économiques dans l'obligation civile*, thèse, Paris, 1930. (Ouvrage à ajouter dans la bibliographie.)
P. 199, ligne 13, *lire* : déflation, *et non* : dévaluation.
P. 211, ligne 10, *lire* : pour les sociétés en commandite par actions, *et non* : par intérêt.

Bordeaux. — Impr. Bière, 18, rue du Peugue. — 1940.